Eigentums- und Besitzerwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau

Vorgelegt von Arthur Engel

1926
Satz und Druck der Buchdruckerei Polkwitz (Inh.: Paul & Walter Bruckſch)
Polkwitz, Kreis Glogau

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelm-Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott

Literatur-Verzeichnis

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. Iher Jahrb., Bd. 48, S. 101 ff.
Archiv für Bürgerliches Recht. Hrsg. von Kohler, Ring und Oertmann.
Archiv für die zivilistische Praxis. Hrsg. von Rümelin u. a., Tübingen.
Biermann: Kommentar zum Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1914.
Bremer: Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter, in Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß, Bd. 11 S. 211—266 und Bd. 20, S. 25—99.
Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.
Bühri g: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch Vertretung. Diss. Kiel 1907
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Jena 1910.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 7/8. Aufl. 1924
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Tübingen und Leipzig 1900.
Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896.
Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. 3: Das Sachenrecht. 2. Aufl. Halle 1901
Draganesco: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter. Berlin 1916.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1 Mannheim 1910.
Eger: Vertretung beim Eigentumserwerb. Diss. Gießen 1900.
Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. 1896.
Eck: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Hrsg. v. Rudolf Leonhardt. 1903
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 8. Aufl. Berlin 1904. Bd. 2, 8. und 9. Aufl. Berlin 1908.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1. Abt. und 2. Abt., Allgemeiner Teil, 18.—21. Aufl., Recht der Schuldverhältnisse, 18.—22. Aufl. Marburg 1923.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Berlin-Leipzig 1888; 2. Lesung Berlin-Leipzig 1895.
Fischer-Henle: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen. München 1912
Gierke, Otto v.: Bedeutung des Fahrniserwerbes für streitiges Recht. 1897.
Goettelmann: Die Eigentumsübertragung nach § 930 BGB; insbesondere das antizipierte constitutum possessorium. Diss. Jena 1920.
Goetz: Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.
Gotthilf: Besitz und Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch einen unbeauftragten Geschäftsherrn. Diss. Breslau 1918.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2, 1912.
Goldschmidt: Grundlage der Besitzlehre in seinen vermischten Schriften. Bd. 1.
— Studien zum Besitzrecht, in der Festgabe für Greifswald. 1886.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hellmann: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 50. München-Berlin 1912.
Hoos: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter. Erlanger Diss. 1904
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.
v. Ihering: Der Besitzwille. 1889. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Iher Jahrb. Bd. 1, S. 1—52, S. 273—350; Bd. 2, S. 67—180.
— Beiträge zur Lehre vom Besitz. Iher Jahrb. Bd. 9 S. 1 ff.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. In Fischers Abhandlg. d. bürg. Rechts. Jena 1900.
Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionskauf. In d. Zeitschrift f. d. ges. Handelswissenschaft, Bd. 47.
Juristische Wochenschrift.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts, hrsg. von Gerber und Ihering, später von Regelsberger und Ehrenberg. Jena.
Kämmerer: Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb. Halle 1908.
Kniep: Der Besitz des BGB. Jena 1900.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. Berlin 1921, 5. Aufl.
Kock: Die Vertretung beim Fahrniserwerb; insbesondere das antizipierte Besitzkonstitut. Diss. Greifswald 1918.

Kohler: 12 Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Vertrag und Uebergabe, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 18, S. 1 ff.
Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, hrsg. von Birkmayer. Freiburg i. B.
Kreß: Besitz und Recht. Nürnberg und Leipzig 1909.
Langen: Eigentumserwerb und -Verlust bei Kommissionsgeschäften. 1904.
Last: Fragen der Besitzlehre. Iher. Jahrb. Bd. 62, S. 1 ff.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. Iher. Jahrb. Bd. 36, S. 1—127. Jena 1896
Franz Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
R. Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Meischeider: Besitz und Besitzschutz. 1876.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1 und 3. Berlin 1888.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1912.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1, 2. Aufl. 1908.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB., bearbeitet von Achilles, Gebhardt, Spahn.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1 und 2. 4. Aufl. Berlin 1913.
Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. Iher. Jahrb. Bd. 50, S. 323 ff.
Puchta: Pandekten 1877.
Regelsberger: Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Iher. Jahrb. Bd. 44 S. 393—428.
Rohde: Studien im Besitzrecht, Abschnitt 19 Römisches Recht, Abschnitt 20 und 21 Bürgerliches Gesetzbuch.
Rosenberg: Das Sachenrecht I,1. München 1919.
Das Recht.
Rosenstock: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 93.
v. Savigny: Das Recht des Besitzes. Wien 1865.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1, 7.—8. Aufl. 1912, Bd. 3, 7.—8. Aufl. 1912.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1912.
Seuferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München u. Marburg.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. im Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 137.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Rechts. 7. Aufl. München 1924.
Schulz: Einführung in die Digesten. Tübingen 1916.
Trendelenburg: Besitzerwerbung durch Stellvertreter. Diss. Greifswald 1904.
v. Thur: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. II,1 und II,2. München-Leipzig 1914, 1918.
— Zur Lehre von der Anweisung. Iher. Jahrb. Bd. 48.
Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 87, S. 40.
— Besitz und Besitzwille. Gießener Festschrift 1907.
Wagner, Fr.: Der Eigentumserwerb durch den mittelbaren Stellvertreter. Diss. Rostock 1914.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband 1908 ff.
Windscheip-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1909.
Wolff: Das Sachenrecht in Enneccerus-Kipp-Wolff. 2. Bd. 1. Abt. 15.—19. Aufl. Marburg 1923.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, hrsg. von Goldschmidt, Keßner und Laband. Stuttgart.

Inhalts-Verzeichnis:

§ 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt die Stellvertretung in den §§ 164 ff. Stellvertreter ist — im Gegensatz zum Boten — derjenige, der eine selbständige, eigene rechtsgeschäftliche Willensäußerung, deren Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen vornimmt[1]. Die herrschende Lehre unterscheidet zwei Arten der Stellvertretung: die direkte oder offene Stellvertretung, da bei ihr der Vertreter „offen“ im Namen und für Rechnung des Vertretenen handelt, sogen. Offenheitsprinzip[2], und die indirekte oder mittelbare Stellvertretung, wenn der Vertreter das Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung abschließt, ohne dem Dritten das zwischen ihm und dem Vertretenen bestehende Verhältnis anzuzeigen. Hier liegt, da die Wirkungen in der Person des Vertretenen nicht unmittelbar entstehen, sondern zunächst den im eigenen Namen handelnden Vertreter selbst betreffen, im Sinne des Gesetzes gar keine Vertretung vor. Für den Vertreter, der seine Vertretereigenschaft nicht ausdrücklich oder schlüssig kundtut, ist in der Literatur mehrfach die Bezeichnung „stille Stellvertretung“[3] gebräuchlich. Bei ihr will der Vertreter zwar, wie der offene Stellvertreter, in fremden Namen handeln, aber unbewußt tritt dies gegenüber seinem Kontrahenten nicht hervor und erweckt ihm dadurch den Anschein, als handele er als Selbstkontrahent im eigenen Namen. § 164 Abs. 1 BGB lautet: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.“ Deutlich besagt der § 164 Abs. 1 für die offene Stellvertretung, daß die Wirkungen aus den Rechtsgeschäften, die durch den offen im Namen des Geschäftsherrn auftretenden Vertreter abgeschlossen sind, unmittelbar für den Vertretenen eintreten. Bei der negativen Vorschrift des § 164 Abs. 2: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht“, ist die Frage sehr bestritten, wem hier bei der stillen Stellvertretung die Wirkungen des Geschäfts treffen, ganz besonders aber, wie der § 164 Abs. 2 BGB für das Gebiet des Besitz- und Eigentumserwerbes zu betrachten ist, und ob er überhaupt hierfür in Anwendung gebracht werden kann. Das hier zu behandelnde Problem umfaßt demnach die Frage, ob beim Besitz- und Eigentumserwerb durch den stillen Stellvertreter der Vertretene unmittelbar Besitz und Eigentum erwirbt oder zunächst der Vertreter, der dann erst später durch eine weitere Uebertragung Besitz und Eigentum auf den Vertretenen übergehen läßt.

§ 2.

Das älteste römische Recht lehnte ursprünglich eine Stellvertretung durch freie selbständige Personen mit unmittelbarer Rechtswirkung für

---

[1] Vgl. Enneccerus I, § 166 I.

[2] Fr. Leonhard, Stellvertrg. b. Fahrniserwerb, S. 2, 36, 44, 50; Oertmann, Arch. Bd. 17, S. 342.

[3] Langen, Eigentumserwerb, S. 14.

den Vertretenen ab[1]. Der Grund hierfür liegt in dem antiken Formalismus des römischen Rechts, das im engen Zusammenhang mit der Lebensauffassung und der Veranlagung des römischen Volkes steht[2]. Den obligatorischen Rechtsgeschäften lag die Auffassung der Obligation als eines iuris vinculum, quo necessitate adstringimur zugrunde, daß jedermann seine Rechtsgeschäfte nur persönlich vornehmen konnte. Dies galt in gleicher Weise auch vom Besitzerwerb. Durch die Möglichkeit des unmittelbaren Erwerbs des Hausherrn durch diejenigen, welche „alieni iuris“ waren — Hauskinder und Sklaven —, war das Institut der Stellvertretung beim Besitzerwerb entbehrlich. Der unmittelbare Erwerb der Gewaltuntergebenen für den Hausherrn war aber nicht ein Fall der unmittelbaren Stellvertretung, denn er trat unabhängig von ihrem Willen nach allgemeinen Grundsätzen des Familienrechts und der Statuslehre ein[3]. In der ältesten Zeit galt daher der Satz: per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest.

Der sich immer stärker entwickelnde Verkehr drängte auf eine Erweiterung zum Erwerbe für andere Personen. Diese Erweiterung geht von dem unmittelbaren Besitzerwerb des Herrn durch die Gewaltuntergebenen aus, da die Sklaven oft nach ihrer Freilassung zu ihrem Herrn zu einem Dienstverhältnis eintraten und sogen. procuratores wurden[4]. Im klassischen Recht gab es eine direkte Stellvertretung durch Gewaltfreie, die sich aber nur auf den Prokurator, den Tutor und den Kurator erstreckte.

Paulus, lib. sent. V, 2 § 2: per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est[5].

Mit dem Besitz konnte der Prokurator für den Vertretenen Eigentum erwerben.

1.13 pr. D 41,1: Si procurator rem mihi emerit ex mandato mei eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id erst proprietas, adquiritur etiam ignoranti.

An dem Besitzerwerb durch den Prokurator hat das klassische Recht festgehalten und ist zu keiner weiteren Entwicklung vorgedrungen, daß allgemein eine direkte Stellvertretung im Besitzerwerb für jede libera persona stattfinden konnte[6]. Was vom Prokurator galt, ist bei wesensgleichen Verhältnissen in analoger Anwendung der Stellvertretung auf andere Personen, z. B. den Vormund, später auf jeden Bevollmächtigten, sogen. Quasiprokurator zugelassen worden[7].

Vom klassischen Recht aus wurde dann das Institut des Besitzerwerbs per liberam personam weiter fortentwickelt, das im justi-

---

[1] 1. 11. de obl. et act. 44, 7; 1. 6 § 3 C si quis alteri 4,50.

[2] Dragenesco aaO, S. 7; Sohm aaO S. 245.

[3] Bruns aaO S. 18; Schloßmann S. 63; Sohm S. 245.

[4] Regelsberger S. 397; Lenel S. 81 ff.; Isay S. 333; Bruns S. 16.

[5] Vgl. auch 1.1 § 20 D 41,2; 1.1 C 7,32; 1.42 § 1 D 41,2.

[6] 1.59 D 41,1: res ex mandatu meo empta non prius mea fit, quam si mihi tradiderit, qui emit.
Stellen in den Digesten, die für das klassische Recht einen Besitzerwerb durch Mittelspersonen allgemein annehmen, sind als interpoliert anzusehen. So Bruns S. 18; Schulz S. 75 ff.

[7] Sohm aaO S. 246; 1.20 § 2 D 41,1.

nianischen Recht seinen endgültigen Abschluß bekommt. Alle handlungsfähigen Personen können für andere Personen unmittelbaren Besitz erwerben[1]. Besitz wurde animo et corpore erworben. Nach allgemeiner Ansicht, die sich auf den Satz des Paulus lib. sent. V, 2 § 1 stützt: possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno, soll die Vertretung beim Besitzerwerb nur in corpore möglich sein[2], während eine gegenteilige Ansicht den Standpunkt vertritt, daß eine Stellvertretung auch im animus, nicht bloß im corpus möglich sei[3]. Last gelangt, gestützt auf einen zahlreichen Quellennachweis, zu dem Ergebnis, daß eine Vertretung in facto, hinsichtlich des corpus, von jeher in Anwendung war, eine Vertretung in iure, d. h. hinsichtlich des corpus und animus, bis zum Beginn der Kaiserzeit unzulässig, von dort ab bis auf Justinian nur beschränkt auf den Prokurator, Tutor und vielleicht auch auf den Kurator erst im justinianischen Recht unbeschränkt zulässig war. Dieser Ansicht, die einige wiedersprechende Quellenstellen befriedigend löst, schließen wir uns mit der Einschränkung an, daß gegen den Willen des Dritten diesem nicht durch den Willen einer Mittelsperson Besitz erworben werden kann, da zwischen Erwerber und Vertreter in der Regel eine bestimmte Beziehung, z. B. Auftrag, evtl. auch ein Generalmandat[4] besteht, aus der ein allgemeiner Wille des Vertretenen gefolgert werden kann[5].

§ 3.

Im gemeinen Recht ist die Lehre vom Besitz und Eigentumserwerb durch stillen Stellvertreter der Gegenstand ebenso eingehender, als im Ergebnis abweichender Untersuchungen gewesen[6]. Bei allen Erörterungen im gemeinen Recht muß darauf geachtet werden, daß Besitz- und Eigentumserwerb nicht immer voneinander klar getrennt wurden. Während im Bürgerlichen Recht bei der Uebereignung zwischen Einigung und Uebergabe scharf geschieden wird, wurde häufig der Eigentumserwerb im römischen und gemeinen Recht im Besitzerwerb behandelt. An dieser einheitlichen Behandlung ist wohl die Ausdrucksweise der römischen Juristen schuld, die das Wort „traditio" für beides benutzten[7].

Unter den verschiedenen Theorien im gemeinen Recht kann man zwei Hauptgruppen für den Besitz- und Eigentumserwerb durch Mittelspersonen unterscheiden. Die eine erhebt den Willen der Parteien, sei es den der Tradenten, sei es den der Stellvertreter zum maßgebenden Moment, die andere stellt das Problem auf das Interesse ab.

Für die erste Hauptgruppe äußerte sich Savigny in seinem

[1] § 5 J. 2.9 „placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse."
[2] Draganesco S. 74.
[3] Windscheid, Pand 1 § 157; Last, Jher. Jahrb. Bd. 62, S. 23—89; Götz aaO S. 18.
[4] Vgl. 1.49 § 2 D 41,2: possessio etiam ignoranti quaeritur.
[5] Im Ergebnis auch Goetz S. 19.
[6] Vgl. Meischeider, Besitz und Besitzschuld, S. 271 ff.
[7] Vgl. Fr. Leonhard aaO S. 1—2; Isay S. 348.

klassischen Werke über das Recht des Besitzes, S. 306, daß bei der Tradition die Absicht des Tradens entscheide, indem er sich auf die Entscheidung Ulpians 1.13 D 39,5 stützte.

Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret et placet, quamvis servus hoc mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: Nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in suo persona, sed mihi adquirit.

Der Theorie Savignys folgte zunächst die Auffassung v. Jhrings[1], daß der Vertreter seine Eigenschaft als solcher offen dem Tradenten kenntlich machen müsse, falls der Prinzipal Besitz und Eigentum unmittelbar erwerben solle. Wenn die Mittelsperson aber als verdeckter Stellvertreter gehandelt hat, versagt er dem Vertretenen die unmittelbaren dinglichen Rechtsfolgen, weil die obligatorischen Rechtswirkungen auch nicht in seiner Person zur Entstehung gelangen. Die Wirksamkeit des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäfts für den Prinzipal beruhte nicht bloß auf der subjektiven Ansicht des Stellvertreters, sondern auch auf der objektiven Richtung des Geschäfts. Diese Erklärungstheorie hat v. Jhering später unter dem Widerstande, der insbesonders von Bremer gegen seine Theorie entgegengesetzt wurde, aufgegeben, zumal da sie auch in der Praxis wegen der unerträglichen Ergebnisse, zu denen sie gelangt, unmöglich zu verwerten war.

Bremer[2] weist die Folgerungen Savignys aus der oben angeführten Quellenstelle als zu weitgehend zurück. Er führt aus, daß bei der Schenkung der Wille des Tradenten eine entscheidende Rolle spiele. Doch müßte es sehr bedenklich erscheinen, „dasjenige, was als Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatze lediglich in Beziehung auf die Schenkung ausgesprochen werde, ohne weiteres auf alle anderen Geschäfte auszudehnen, auf die Tradition überhaupt anzuwenden. Die Schenkung unterscheide sich von anderen auf Veränderung des Eigentums gerichteten Geschäften wesentlich."

Bremer[3] sucht gegenüber von Jhering, gestützt auf das dringende Bedürfnis des Verkehrs und das im Volke lebende Rechtsbewußtsein, einen unmittelbaren Eigentumserwerb für den Vertretenen zu erzielen. Nach seiner Ansicht ist es nicht der Wille des Tradenten, sondern gerade der Wille des Vertreters, für den Vertretenen zu erwerben, welcher bewirkt, daß dem Vertretenen Besitz erworben wird[4]. Die Absicht des Tradenten kommt für den Besitzerwerb nur insofern in Betracht, als aus der Willenserklärung des Tradenten, wenn der empfangende Stellvertreter nicht widerspricht, ein übereinstimmender Wille des letzteren gefolgert werden darf. Uebrigens sei eine förmliche oder ausdrückliche Willenserklärung des Stellvertreters, welcher seine Vertretereigenschaft kundtue, keineswegs notwendig, sondern es sei lediglich der Wille des Apprehendenten — also ein rein inneres Moment — für die Entscheidung maßgebend, ob der Besitz für den Vertreter oder den Vertretenen erworben werde[5].

---

[1] Jher. Jahrb. 1, S. 319 ff. und 330 ff.
[2] Z. f. ziv. R. und Proz., Bd. 11, S. 56 ff.
[3] " " 20, S. 65
[4] Bremer, " " 11, S. 265 ff.
[5] " aaO, Bd. 20, S. 79

Schließlich kommt Bremer zu dem Ergebnis: „Wenn der Wille des Auftraggebers entschieden darauf gerichtet ist, durch den von dem Beauftragten vorzunehmenden Empfang sofort Besitz und Eigentum zu erwerben, der Beauftragte ebenso entschieden nicht für sich selbst Besitz und Eigentum erwerben will, der Tradent nur mit Rücksicht auf die Gegenleistung sein Eigentum aufgibt und durch Uebergabe der Sache dieselbe lediglich zur Verfügung des Empfängers stellt: so entspricht es dem Willen aller drei bei der Veräußerung und dem Erwerbe tätigen Personen, daß sofort dem Auftraggeber erworben werde."[1] Die Ansicht von Bremer ist im gemeinen Recht herrschend geworden. Ihr haben sich angeschlossen: Puchta aaO § 148 S. 226, Goldschmidt aaO S. 614, Arndt aaO § 145 Anm. 3, Meischeider aaO S. 274, v. Vangerow aaO zu § 205.

Die Schwäche der Bremerschen Theorie liegt darin, daß sie alles auf den Willen abstellt und diesen Willen dort, wo er nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, aus den Umständen heraus schließen will. Lenel[2] weist gegenüber der Ansicht von Bremer mit Recht auf die Schwierigkeiten hin, diesen inneren Willen des Vertreters zu ermitteln. In den weitaus meisten Fällen des alltäglichen Lebens beruhe dieser auf einer Fiktion, da „die näheren Umstände des Falles einen einigermaßen sicheren Schluß gewöhnlich nicht ermöglichten." Wenn sich aber der Wille auch erkennen ließe, so frage es sich doch, ob eine solche Regelung den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs entsprechen würde, außerdem dürfe wohl eine derartige Willkür des Parteiwillens in der Gestalt eines dinglichen Rechts, im Gegensatz zur Vertragsfreiheit des Obligationsrechts, vom Gesetzgeber nicht gewollt sein[3].

Der Willenstheorie von Bremer ist die sogen. Konstitutstheorie ähnlich, die ebenfalls auf den Willen des Vertreters abstellt. Uebergibt der Tradent dem Empfänger eine Sache für sich und hat dieser nicht den ausgesprochenen Willen, den Besitz und das Eigentum für einen anderen zu erwerben, so treten zunächst beim Empfänger die Erwerbswirkungen ein; dieser kann aber dem Vertretenen sofort durch constitutum possessorium zum Besitzer und Eigentümer machen[4]. Die Schwäche der Willenstheorie für den Fall, daß eine bestimmte Willensrichtung der Parteien nicht klar zu ersehen ist, wird von der Konstitutstheorie dadurch umgangen, daß der Vertreter die Absicht als solcher zu handeln durch eine auf den Vertretenen hinzeigende äußerliche Handlung erkennbar macht. Ist dies geschehen, so geht ebenso wie bei der Willenstheorie Besitz und Eigentum direkt auf den Vertretenen über. Ein evtl. abweichender Wille des Tradenten wäre in diesem Falle gleichgültig, wenn nur der Stellvertreter im Einverständnis mit dem Geschäftsherrn den Willen hat, für diesen zu erwerben.[5]

In der Rechtsprechung des gemeinen Rechts über die Frage des Besitz- und Eigentumserwerbs ist man, nach teilweisem Schwanken zwischen der Willenstheorie und der Konstitutstheorie, der letzteren

[1] Bremer aaO, Bd. 20, S. 86
[2] Iher. Jahrb. 36 S. 46.
[3] Vgl. Regelsberger S. 406, 409.
[4] Vgl. Windscheid, Pand. 1 § 155; Regelsberger S. 406; Koch, Diss. S. 17
[5] Fr. Leonhard, S. 45 ff.

gefolgt. So sagt die bekannte Entscheidung im RGE 30 S. 142 ff: „Mag man auch annehmen, daß der Vertreter zunächst Besitz und Eigentum erwirbt, ... so steht doch nicht entgegen, den Besitz und folgeweise das Eigentum hier mittels eines constitum possessorium, das sich im Erwerbsakte selbst vollzieht, vom Vertreter auf den Vertretenen übergehen zu lassen, wenn nur beide den Erwerb des Herrn wollten.“ In ähnlicher Weise folgt das Reichsgericht der Konstitutionstheorie in den Entscheidungen RGE Bd. 11 S. 55 ff. und Gruchots Beiträge 47 S. 971 ff.; ferner die Urteile des Obersten Landesgerichts für Bayern in Seuff. Archiv 36 Nr. 127, des Oberlandesgerichts Celle Seuff. Archiv 49 u. Nr. 235, des Oberlandesgerichts Braunschweig in Seuff. Archiv 48 Nr. 248. Allen diesen Entscheidungen liegt der Gedankengang zugrunde, daß bei verdeckter Stellvertretung dem Vertretenen dann Besitz und Eigentum erworben werde, wenn der Vertreter im Einverständnis mit dem Vertretenen den Willen hatte, unmittelbar für diesen Besitz und Eigentum zu erwerben, und zwar erwerbe dieser im Augenblick der Uebergabe an den Vertretenen sofort Besitz und Eigentum, vorausgesetzt nur, daß der Uebertragungswille des Tradenten nicht auf Uebertragung des Eigentums an eine bestimmte Person gerichtet ist.

Gegenüber diesen Willenstheorien geht die zweite Hauptgruppe in der Frage des Besitz- und Eigentumserwerbs von anderen Grundlagen aus. v. Ihering[1] stellte die sogen. Interessentheorie auf. Den Hauptwert legte er auf das im einzelnen Falle zu ergründende objektive Interesse des Mittlers. Diese Auffassung führt auf seine von ihm vertretene Rechtsauffassung bei der Begriffsbestimmung des Besitzes zurück. Nach ihm ist nämlich die Besitzfrage lediglich eine Interessenfrage; aus der Verschiedenheit der Interessenlage ergebe sich die der Besitzlage[2]. Wenn der Vertreter daran Interesse habe, zunächst selbst Besitzer zu werden, so erwerbe er den Besitz für sich, anderenfalls nicht[3]. Gegenüber dieser Theorie ist geltend gemacht worden, daß sie den Vertreter und seine Interessen gegenüber den Interessen des Veräußerers und des Vertretenen allzusehr bevorzuge.

Eine zweite Theorie, die eine größere Bedeutung erlangt hat, ist die von Lenel[5] aufgestellte Kausaltheorie. Diese geht von dem Interesse des Veräußers aus und läßt die der Tradition zugrunde liegende causa für die Besitzerwerbung entscheidend sein, da in ihr das „typische Interesse“ des Veräußerers hervortrete[6]. Der Gläubiger des unterliegenden Kausalgeschäfts wird Besitzer und Eigentümer ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien. So stellt Lenel folgende Regeln für seine Lehre auf:

1. „Wer im Auftrage eines anderen Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen bestehenden oder zu begründeten Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für diesen anderen.
2. Wer, sei es auch im Interesse und Auftrag eines anderen Besitz erwirbt, auf Grund eines für ihn selbst bestehenden

[1] Der Besitzwille, S. 380 ff.
[2] v. Ihering, aaO S. 379 und 384.
[3] Vgl. Hoos, S. 23.
[4] Vgl. auch Goetz S. 23; Lenel aaO S. 53 ff.; Fr. Leonhard § 19
[5] Iher Jahrb. 36, S. 42 ff., S. 57—58.
[6] Lenel aaO, S. 6, 7, 54, 58.

oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für sich selbst. .... Der Wille des Vertreters Augenblick des Besitzerwerbs spielt in obigen Fällen gar keine Rolle."[1]

Dieser Theorie ist Regelsberger[2] gefolgt. In ähnlicher Weise wie Lenel begründet er seine Ansicht: „Wenn das Grundverhältnis als Erwerbsberechtigten den Empfänger der Sache ausweist, so wird dieser durch den Traditionsakt Besitzer und Eigentümer. Der Empfänger ist aber der Erwerbsberechtigte, wenn er den Kaufvertrag in eigenem Namen abgeschlossen hat, sei es auch im Interesse und Auftrage eines andern. Wie sich der Veräußerer oder der Empfänger oder wie sie sich übereinstimmend die Wirkung der Uebergabe vorgestellt haben, ist ohne Einfluß; es greift hier die ordnende Macht des Rechts ein."

Die Anhänger der Kausalitätstheorie legen den Hauptwert bei dem Besitzerwerb durch einen Mittler auf das unterliegende Kausalverhältnis. Wenn auch dieses einen Einfluß auf den Besitzerwerb hat, so ist es doch falsch, dieses für allein ausschlaggebend zu halten. Außerdem wird von Lenel dem Willen der Parteien, vor allem dem Willen des Vertreters zur Zeit des Besitzerwerbes, keinerlei Bedeutung beigelegt. Der Wille der Parteien kann aber unmöglich vom Gesetz einfach nicht beachtet werden[3]. Für die Ermittlung des Parteiwillens kann die Kausalbeziehung höchstens die Rolle eines Indizes übernehmen[4]. Letzten Endes beruht das Kausalverhältnis auf dem zunächst erklärten Geschäftswillen der Parteien und dieser Wille bildet neben dem Kausalgeschäft die Grundlage[5]

Dieser Theorie von Lenel folgt in gewisser Beziehung die Lehre von Franz Leonhard. Sie sieht den Vertragsinhalt, die übereinstimmende Erklärung der Parteien, als maßgebend an, und bewertet die Kausalbeziehung nur als ein einzelnes Moment für dessen Auslegung[6]. Außerdem stellt er nicht wie Lenel auf das typische Interesse der Mittelsperson und des Vertretenen, sondern auf das typische Interesse des Veräußerers ab. Da er aber dem Kausalverhältnis als „dem sichersten und besten Anhalt für die Auslegung" großen Wert beilegt, so kommen Lenels und Leonhards Ansichten letzten Endes ziemlich zu demselben Ergebnis. Gegen die Lehre von Leonhard gelten die gegen Lenel oben angeführten Gründe[7].

§ 4.

Der Uebergang des Eigentums an beweglichen Sachen vollzieht sich nach § 929 BGB in der Weise, daß der Veräußerer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Einigung und Uebergabe sind die beiden Erfordernisse bei der Eigentumsübertragung im BGB. Während im römischen und gemeinen Recht der Besitz- und Eigentumserwerb

---

[1] Lenel aaO, S. 59
[2] Iher. Jahrb. B. 44, S. 48 ff.
[3] Vgl. Oertmann aaO I S. 512.
[4] Oertmann aaO S. 510.
[5] Fr. Leonhard aaO S. 34, 50 ff.
[6] Fr. Leonhard aaO S. 50 ff.; vgl. auch Draganescu S. 112 ff.
[7] Vgl· auch gegen Leonhardts Lehre: Rümelin aaO S. 232 ff., Langen aaO S. 32 ff.

infolge der traditio einheitlich behandelt wurde, müssen diese beiden Begriffe für die Untersuchung der Frage nach bürgerlichem Recht getrennt behandelt werden[1]. Es wird demnach in unserer Untersuchung die Frage der Stellvertretung bei der Uebergabe und bei der Einigung gesondert dargestellt werden. In der Einleitung hatten wir gesehen, daß die Stellvertretung in dem § 164, die ein Handeln in fremden Namen innerhalb des Rahmens der Vertretungsmacht erfordert, nur die bei der Abgabe von Willenserklärungen behandelt. Das Gesetz setzt diesen Begriff in dem § 116 ff als bekannt voraus und überläßt es der Wissenschaft und Rechtsprechung, diesen abzugrenzen, bezüglich durch Analogieschlüsse zu erweitern[2]. Während die einen bei der Willenserklärung unter Erklärung einfach jede Aeußerung des Geschäftswillens verstehen, fordert R. Leonhard[3], daß die Erklärung zur Wahrnehmung für andere bestimmt sei. Die Erklärung, die ein relativer Begriff ist, setzt „Wahrnehmungsbedürftigkeit" voraus. Nach Manigk[4] ist Erklärung: „Jede zur Wahrnehmung bestimmte Aeußerung". Er hält den Kundgebungszweck der Erklärung für wesentlich und infolgedessen Erklärungen ohne Erklärungsgegner für undenkbar. Weiter beruht nach ihm der Begriff der Willenserklärung auf dem der Erklärung zugrundeliegenden Rechtsfolgewillen. Zwar ist es zunächst nicht erforderlich, daß jede Erklärung einen Willen enthält; ist aber ein Wille in der Erklärung vorhanden, so braucht damit noch nicht eine Willenserklärung im Sinne des Gesetzes entstanden zu sein. Damit dies geschehe, muß der Wille ein auf eine Rechtsfolge gerichtetes Wollen kundtun oder erklären[5]. Allein ist der menschliche Wille nicht imstande, einen rechtlichen Erfolg zu erzielen; dazu bedarf er stets eines ihn bestätigenden Rechtssatzes. Der von dem Willen erzielte Erfolg wird aber dann vom Gesetz zum Rechtserfolg erhoben, wenn der Wille seine Richtung auf eine bestimmte Rechtsänderung nimmt. Für den Begriff der Willenserklärung erfordert das Gesetz diesen auf eine bestimmte Rechtsänderung abgestellten Willen. Als Ergebnis können wir deshalb mit Manigk und R. Leonhardt zusammenfassen: „Eine Willenserklärung ist eine Aeußerung, der sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines rechtlich erheblichen Geschäftswillens bedient". Wenn deshalb bei der Uebergabe beim Eigentumserwerb eine solche Willenserklärung erforderlich ist, müssen auf sie die Grundsätze der Stellvertretung Anwendung finden. Ob dies der Fall ist, soll die folgende Untersuchung ergeben.

§ 5.

Der Eigentumserwerb der Tradition, der für unsere Untersuchung im Vordergrunde steht, setzt sich nach § 929 BGB aus der Uebergabe und aus der Einigung des bisherigen Eigentümers und des Erwerbers zusammen. Die Bedeutung des Begriffes „Uebergabe" läßt sich durch den Gegensatz mit den §§ 929,2 und 930 BGB erklären.

---

1 Vgl. Fr. Leonhard S. 1—2; Isay S. 348.
2 Rümelin aaO S. 133.
3 aaO S. 156
4 Manigk S. 151
5 Manigk aaO S. 178 ff.

In dem Falle des § 929,2, in dem die Einigung allein zum Eigentumsübergang genügt, befindet sich der Gegenstand der Uebereignung bereits in den Händen des Erwerbers, während im Falle des § 930 der Besitz durch ein Verhältnis nach § 868 vermittelt, die Uebergabe durch eine ideelle Uebertragung gemäß § 868 ersetzt wird. Aus diesen Paragraphen ist der Schluß zulässig, daß bei der Uebergabe des § 929,1 die Sache aus dem bisherigen Gewaltverhältnis des Veräußerers in das des Erwerbers gebracht werden muß[1]. Ein solches Gewaltverhältnis ist nach allgemeiner Ansicht stets aus den Umständen und nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen[2]. Wird der Besitz des Veräußerers nach der Verkehrsauffassung vom Erwerber als fortgesetzt angesehen, so liegt dann immer Traditionsbesitz vor. Eine besondere Einigung hierzu ist nicht erforderlich[3], nur, daß mit Willen des Veräußerers der Besitzerwerb erfolgt und nach der Verkehrsauffassung das tatsächliche Gewaltverhältnis gegeben ist[4]. Die vorgehende Ansicht stimmt im Ergebnis mit der herrschenden Meinung überein[5]. Diese kann man dahin zusammenfassen, daß ein Wille, der sich mit dem in der Zustimmung des Tradenten liegenden Willen zur Einigung zusammenschließt, zur Uebergabe nicht notwendig ist. Uebergabe ist vielmehr die Besitzerlangung des Erwerbers, die sich unter der Zustimmung des Veräußerers vollzieht[6].

§ 6.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Besitzerwerb durch Mittelspersonen nicht besonders geregelt. In dem § 801 des ersten Entwurfs findet man die Bestimmung, daß auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch Vertreter entsprechend anwendbar seien. Dieser Paragraph wurde aber von der 2. Kommission mit der Begründung gestrichen, daß er auf den Besitz im Sinne des ersten Entwurfs (Eigentumsbesitz) begründet gewesen sei, nicht aber auf den Besitz als „tatsächliche Gewalt" im Sinne des 2. Entwurfs. Es wurde jedoch anerkannt, daß auch „bei dem Erwerbe des Besitzes in diesem Sinne eine Vertretung insoweit in Frage kommen könne, als zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ein Wille erforderlich sei. Es sei jedoch nicht nötig, ausdrücklich zu bestimmen, daß auf diese Vertretung im Willen die Vorschriften über die Vertretung im Willen bei Rechtsgeschäften entsprechende Anwendung zu finden hätten, da diese Analogie auch ohne eine derartige Bestimmung nicht verkannt werden würde."[7]

Ueber diese Frage erwähnt das Gesetz nichts. Der Wissenschaft und Praxis sollte es vorbehalten bleiben, diese ungeklärte Frage zu lösen.

---

[1] Vgl. Mot. III, S. 334.

[2] Rosenberg aaO S. 25-26; Planck III § 854 S. 37, Crome S. 26; Neumann § 854, 2b

[3] Rosenberg aaO S. 28

[4] Vgl. auch Manigk aaO S. 660. Uebergabe liegt auch dann vor, „wenn jemand Waren in meiner Wohnung ohne mein Wissen niederlegt". RGR-Komm. § 929 Anm. 4.

[5] Vgl. Staudinger, Sachenrecht, § 929,3; Rümelin aaO S. 262; Manigk aaO S. 657; Goldmann-Lilienthal S. 9; Biermann § 929, 2a; Rosenberg zu § 854.2, IV S. 29, 2. Abs. II S. 37.

[6] RG in JW 1908 S. 681; 1904 S. 114; RG Z 53 S. 220

[7] Vgl. Prot. III S. 33

§ 7.

Im schroffen Widerspruch zu dem Grundsatz des römischen Rechts[1]: Et adipiscimur possessionem animo et corpore, neque per se animo aut per se corpore steht das Bürgerliche Gesetzbuch mit seiner Lehre vom Besitz. Nach § 854 I BGB wird der Besitz durch „Erlangung der tatsächlichen Gewalt" erworben. Es ist zu untersuchen, ob bei der Erlangung des Besitzes ein Besitzwille erforderlich, und damit auch eine Willenserklärung gegeben ist. Während der erste Entwurf[2], gestützt auf das römische Recht, einen Besitzwillen erforderte, lehnte die zweite Kommission[3] den Antrag, den Besitzwillen als erforderlich für den Besitzerwerb aufzustellen, teils als entbehrlich, teils als bedenklich ab. Im Wortlaut des § 854 Abs. 1 findet der Besitzwille keine Erwähnung, er kann höchstens als Bestandteil der „tatsächlichen Gewalt" Bedeutung erlangen[4]. Manche Schriftsteller[5] wollen den Besitzwillen aus den Worten des Gesetzes herauskonstruieren, indem sie der Ansicht sind, daß zur „Erlangung der tatsächlichen Gewalt" notwendig „ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln" gehöre[6]. Weder der Sprachgebrauch, noch der Gesetzgeber legen dem Ausdruck diesen Sinn bei.

Andere Autoren[7] fordern zum Besitzerwerb stets einen Willen und lassen in den Fällen, in denen jemand zwar die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, nicht aber den Willen sie zu besitzen, diese so lange besitzlos sein, bis diese durch seinen Willen seinen Besitz begründet. Theoretisch mag diese Ansicht wohlmöglich sein, aber die Besitzverhältnisse richten sich nach den Anschauungen des Verkehrs. Staudinger[8] verlangt ebenfalls zum Besitzerwerbe einen „wenn auch nicht immer zu besonderem Ausdruck gelangenden Willen", denn „ein tatsächliches Verhältnis, das dem Willen der Person nicht entspricht, kann nicht mehr als ein Gesamtverhältnis im Sinne des § 854 Abs. 1 gelten".

Wenn der Wille zum Besitzerwerb in allen Fällen unbedingt erforderlich wäre, so hätte der Gesetzgeber dies klar zum Ausdruck gebracht und zwar auch dann, wenn ein bloß natürlicher Wille gefordert werden sollte.

Zusammenfassend ergibt sich, daß zum Besitzerwerbe ein Wille nicht erforderlich ist, und somit auch die Möglichkeit einer in dem Ausdruck „Erlangung der tatsächlichen Gewalt" enthaltenen Willenserklärung entfällt[9].

Wenn auch ein Wille beim Besitzerwerb nicht vorhanden zu sein braucht, so ist er deshalb im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gänzlich bedeutungslos. In den meisten Fällen wird beim Besitzerwerb, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, ein solcher Besitzwille

---

[1] 1.3 § 1 de ad. pos. 41,2
[2] Mot. 3, S. 81
[3] Prot. 3, S. 31
[4] Rosenberg aaO S. 25; Biermann, Erlaß 3 § 854
[5] Planck 3, S. 36
[6] Gierke aaO S. 4 Anm. 4
[7] Bruns aaO S. 59; Wendt aaO S. 8
[8] aaO 3, S. 19 Anm. I, 2b zu § 854.
[9] Vgl. Goldmann-Lilienthal S. 3; Manigk aaO S. 549, 655; Aravantinos aaO, Iher Jahrb. 43 S. 125; Fr. Leonhard S. 69; a. A. Bruns S. 56 ff.; Dernburg aaO Bd. 2 S. 58. 62 ff.; Endemann Bd. 2, S. 174 ff.

geäußert. Deshalb ist der Wille aber doch nicht unbedingt jedesmal notwendig[1]. Dieser geäußerte Wille ist aber nicht als eine Willenserklärung im technischen Sinne aufzufassen, d. h. als eine, die es ermöglicht, auf dem Besitzerwerb die Stellvertretungssätze anzuwenden. Dies ergibt sich aus dem Wesen des Besitzes. Der Besitz ist ein Zustand tatsächlicher Gewalt einer Person über eine Sache[2], ein tatsächliches, soziales Verhältnis, an welches die Rechtsordnung bestimmte Rechtssätze knüpft und dadurch zum Rechtsverhältnis erhoben wird, „im Sinne eines rechtlich geregelten und geschützten Lebensverhältnisses[3]. Diese beiden Bedeutungen des Besitzes, Besitz als tatsächliche Gewalt und Besitz als Inbegriff seiner Rechtsfolgen, fallen nach Rosenberg notwendig miteinander zusammen. Er begründet seine Ansicht dahin, daß die Vorschriften über den Besitz im BGB den Besitz nur als Voraussetzung des Besitzschutzes behandeln; dieser Besitzschutz sei dann die Rechtsfolge, die mit dem Wort „Besitz“ bezeichnet werden soll. Dann liege es aber klar, daß der Besitz unmöglich „Besitzschutz“ sei; denn er sei ja die Voraussetzung des Besitzschutzes. Diese Voraussetzung könne aber nur durch die tatsächliche Gewalt bestimmt werden, die im Augenblick der den Schutz auslösenden Verletzung gegeben sein müsse. Die tatsächliche Gewalt sei daher unbedingte Voraussetzung des Besitzes und seiner Rechtsfolgen. Der Besitz sei nicht etwa dem Eigentum gleichzusetzen, das befähigt sei, sich über seine tatsächliche Grundlage hinaus zu erheben, sondern er sei dauernd und unlösbar mit dieser tatsächlichen Grundlage verbunden und ohne sie keiner selbständigen Existenz fähig[4].

In den Fällen, in welchen im Verkehr ein Wille beim Besitzerwerb geäußert wird, bezieht sich dieser nur auf das tatsächliche Gewaltverhältnis und nicht auf die Herbeiführung der daran geknüpften Rechtsfolgen, die kraft Gesetzes unabhängig vom Willen eintreten. Dieser Wille der auf das Haben der Sache geht, ist ein tatsächlicher, für den die Grundsätze der „Willenserklärung“ nicht in Anwendung kommen.

Als Gesamtergebnis ergibt sich demnach, daß beim Besitzerwerb die Stellvertretungsgrundsätze der §§ 164 ff nicht in Anwendung kommen, da eine Willenserklärung im technischen Sinne beim Besitzerwerb nicht vorhanden ist[5].

§ 8.

Durch die Leugnung der unmittelbaren Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze (§ 164 ff.) auf den Besitzerwerb und mit der Verlegung des Hauptgewichts des Besitzerwerbs in das körperliche Verhältnis, ist ein Besitzerwerb durch Mittelspersonen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausgeschlossen. Vielmehr läßt das Gesetz ihn aus den §§ 855, 868 BGB zu[6]. Die Ansicht, daß auf den Besitzerwerb

[1] Vgl. Strohal aaO S. 66; Fr. Leonhard aaO S. 69
[2] Rosenberg aaO S. 8 vor § 854
[3] „ S. 13 vor § 854,5
[4] Im Ergebnis gleich: Manigk aaO S. 662; Isay aaO S. 268; Endemann aaO 2 S, 25 Anm. 15
[5] Enneccerus-Wolff S. 189, S. 30,1; Leonhard 1 S. 309; Planck 3 zu § 854; Fischer-Henle zu § 854 Ziffer 7; Rosenberg zu § 854 I, 3 S. 28, S. 39 V
[6] Vgl. Rosenberg aaO S. 38 zu § 854,5

die §§ 164 ff. analog anzuwenden seien, wird abgelehnt werden müssen. Die Vorschriften der §§ 164 ff. und der §§ 855, 868 sind in ihrem Wesen so verschieden geartet, daß sie nicht in Einklang gebracht werden können. Während bei der Stellvertretung für die Fremdwirkungen in der Person des Vertretenen das Außenverhältnis, d. h. das Verhältnis zwischen Veräußerer und Vertreter, ausschlaggebend ist, ist es bei dem Besitzerwerb gemäß den §§ 855, 868 das Innenverhältnis, d. h. das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und der Mittelsperson. Die aus dem § 855 sich ergebenden ähnlichen Stellvertretungswirkungen dürfen aber nicht dazu verleiten, hier von einer „Stellvertretung“ im Sinne der §§ 164 ff. zu sprechen. Durch diese unklare Ausdrucksweise liegt eine leichte Verwechselung der Begriffe „Vertretung“ und „Geschäftsführung“ nahe[1]. Außerdem unterscheidet sich der Besitzmittler des § 868 von dem Stellvertreter dadurch, daß die Geschäftswirkungen nicht glatt durch ihn hindurchgehen, sondern daß er den unmittelbaren Besitz erwirbt, er also von den Wirkungen des vermittelnden Besitzerwerbs persönlich betroffen wird[2]. Da der Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach BGB durch die Vorschriften der §§ 855, 868 erschöpfend geregelt ist, entfällt das Bedürfnis, eine Analogie zu ziehen[3].

§ 9.

Bevor wir eine Untersuchung anstellen, ob es nach dem BGB einen Besitzerwerb durch Mittelspersonen mit unmittelbaren Wirkungen in der Person des Geschäftsherrn nach den §§ 855, 868 gibt, ist zunächst die Frage zu beantworten, ob die Erlangung des mittelbaren Besitzes zum Eigentumsübergange genügt. Es fragt sich unter der Betrachtung des Eigentumserwerbs nach § 929 Satz. 1 BGB, ob unter dem Begriff der „Uebergabe“ auch der Erwerb des mittelbaren Besitzes neben der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes verstanden wird.

Aus dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, ob nur der unmittelbare oder auch der mittelbare Besitz ist. Aus den Gesetzesmaterialien ist keine übereinstimmende Antwort auf unsere Frage gegeben. Während die Denkschrift[4] den mittelbaren Besitzer als wirklichen Besitzer ansieht, waren in den Motiven zum 1. Entwurf[5] die Meinungen geteilt, ebenso in der 2. Kommission[6]. In der Wissenschaft sind eine Reihe von Ansichten für und gegen aufgestellt. Insbesondere hat Wendt[7] die Gleichstellung des mittelbaren Besitzes mit dem unmittelbaren auf das heftigste geleugnet. In dem mittelbaren Besitz erblickt er nur eine reine Fiktion, deren Bedeutung sich im Klagerecht des § 869 erschöpft. Der mittelbare Besitz sei lediglich ein obligatorischer Herausgabeanspruch des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer. Deshalb verneint

[1] Vgl. Enneccerus-Wolff § 14 Anm. 9
[2] Rosenbeeg aaO S. 39; Breuns aaO S. 85; Endemann § 38; Isay S. 368 ff; Fr. Leonhard S. 57
[3] Vgl. Biermann aaO § 868,6 b
[4] Denkschrift S. 111
[5] Mot. 3 S. 334
[6] Prot. 2 S. 223 ff und 330 ff.
[7] Wendt aaO S. 49

Wendt die Wesensähnlichkeit der beiden Besitzarten. Der mittelbare Besitz ist weder eine reine Fiktion, noch besteht er lediglich aus einem Herausgabeanspruch[1]. Nach den Forderungen des Verkehrs stellt er sich vermöge des Innenverhältnisses zwischen Oberbesitzer und Mittler als eine echte Sachherrschaft, wenn auch nur als eine mittelbare dar[2]. Dies geht auch aus den weiteren Ausführungen der Protokolle hervor, in denen es heißt, daß grundsätzlich unter dem Besitz auch der mittelbare Besitz verstanden werden solle und daß dort, wo sich ein Rechtssatz nur auf den unmittelbaren Besitz beziehe, dies ausdrücklich hervorgehoben sei[3]. Daraus ergibt sich, daß die Vorschriften, welche Rechtsfolgen an den Besitz knüpfen, auch für den mittelbaren Besitz anwendbar sein sollen, es sei denn, daß sie nicht auf die eine oder die andere Art des Besitzes ausdrücklich beschränkt sind[4]. Aus dieser Feststellung ergibt sich, daß die Erlangung des mittelbaren Besitzes für den Begriff der Uebergabe nach § 929 Abs. 1 genügt[5].

Anderer Ansicht ist Fr. Leonhard[6]. Er führt aus[7]: „Anders verhält es sich aber mit dem zweiten Erfordernis des Erwerbes, der tatsächlichen Uebergabe. Dem Empfänger kann nicht für den Dritten übergeben werden . . . Es genügt nicht, daß der Empfänger mittelbarer Besitzer werde." Leonhard verneint den Erwerb des mittelbaren Besitzes seitens des Vertreters nach § 929 Abs. 1. Nach ihm ist der Erwerb des mittelbaren Besitzes nur ein „Ersatz der Uebergabe", da in den Fällen der §§ 930, 931 870, in denen der Veräußerer dem Erwerber den mittelbaren Besitz zuwende, ausdrücklich immer von „Ersatz" gesprochen werde. Um aber den Eigentumsübergang auf den Vertretenen zu ermöglichen, konstruiert Leonhard folgendermaßen: Die zum Eigentumserwerb erforderliche Einigung schließt der Vertreter „im Namen des Vertretenen" gemäß § 164 ab. Der Veräußerer überträgt dann den unmittelbaren Besitz an den Vertreter durch Uebergabe, ohne jedoch dadurch sein Eigentum aufzugeben. Dieses Eigentum nun läßt der Veräußerer kraft einer Fiktion durch eine stillschweigende Abtretung des Herausgabeanspruches gegen den Vertreter an den Erwerber nach § 931 BGB auf diesen übergehen.

Diese nach Leonhard selbst „künstliche Konstruktion" ist gezwungen. Die §§ 930 und 931 handeln von wesentlich anders gelagerten Fällen, als der §929; hier erleidet die Sache im Gegensatz zu § 929 Satz 1 keine Ortsveränderung. Nach dem im BGB herrschenden Traditionsprinzip und dem von diesem erforderten Publizitätszustande bei der Uebereignung, kann bei der bloß ideelen Uebertragung der §§ 930, 931 nur von einem „Ersatz" der Uebergabe gesprochen werden. Erfolgt aber die Uebergabe an einen Vertreter des Erwerbers, so ist durch die damit verbundene Ortsveränderung dem Traditionsprinzip vollauf Genüge geschehen.

---

[1] Vgl. die näheren Ausführungen dazu im § 10
[2] Fr. Leoghard aaO S. 31; Strohal aaO S. 17; Crome aaO S. 30 31
[3] Prot. IV S. 585; vgl. Rosenberg aaO S. 137
[4] So auch Planck zu § 868,4; Endemann aaO Bd. 2 S. 124; Staudinger Anm. 4 zu § 868; Rosenberg § 868,3 S. 137; Gotthilf, Diss. S. 39; Cosack § 193c,1; Dernburg § 13,3; a. A. Wendt aaO S. 49; Windscheid-Kipp 1 S. 798
[5] So die herrschende Meinung
[6] Leonhard aaO S. 85 ff
[7] Leonhard aaO S. 57

Die Konstruktion Leonhards ist allenthalben abgelehnt worden[1] Im Gegensatz dazu ist daran festzuhalten, daß zum Eigentumserwerb nach § 929 Satz 1 die Uebertragung mittelbaren Besitzes ausreicht[2].

§ 10.

Nach dieser Feststellung ist im weiteren zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen nach den §§ 855, 868 ein Besitzerwerb durch Mittelspersonen zustandekommt. Betrachten wir zunächst den § 855, der bei der Besitzvermittlung den sogen. „Besitzdiener" zum Inhalt hat. Dieser lautet:

„Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Diese Vorschrift, die nur von der bereits vorhandenen Gewalt spricht, ist unbedenklich auch für den Erwerb des Besitzes anzuwenden[3]. Für den Erwerb des Besitzes durch den Besitzdiener müssen deshalb alle Voraussetzungen des § 855 erfüllt sein. Es muß ein Abhängigkeitsverhältnis für denjenigen bestehen, der die Sache im Auftrage seines Herrn in seine Gewalt bringt. Gleichgültig ist es, ob ein gültiges oder nichtiges Rechtsverhättnis der Abhängkeit zugrunde liegt, ob die Abhängigkeit von kürzerer oder längerer Dauer ist[4]. Wichtig ist nur, daß ein Zustand tatsächlicher Unterordnung besteht[5]. Weiter muß der Erwerb des Besitzes durch den Besitzdiener in der Eigenschaft als solcher vor sich gegangen sein[6]. Nicht notwendig ist, daß dieser äußerlich hervortritt. Nimmt demnach der Besitzdiener eine Sache für den Herrn in Empfang, so erwirbt er seinem Herrn unmittelbar den Besitz, ohne seinen ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen und ohne sein Mittlungsverhältnis zu erklären.

Auf den Eigentumserwerb durch einen Beauftragten ist aber der § 855 nicht anwendbar, wenn dieser nicht in dem vom Gesetz geforderten Abhängigkeitsverhältnisse steht. So bleibt nur der § 868 übrig, den das BGB für den Besitzerwerb durch Mittelspersonen vorgesehen hat. Dieser lautet: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)".

Zwei Personen sind danach gleichzeitig Besitzer, der Besitzmittler hat „unmittelbaren Fremdbesitz", der mittelbare Besitzer „mittelbaren Eigenbesitz"[7]. Weiter setzt der § 868 voraus, daß zwischen dem

[1] Vgl. die eingehenden Widerlegungen Leonhards bei Langen aaO S. 86

[2] Planck 3 zu § 929; Biermann zu § 929 S. 201; v. Staudinger 3 § 929,3, 2b; Rosenberg zu § 868,3,1; Strohal aaO S. 42; Crome 3, § 400,4; Isay aaO S. 343—345; Cosack 2 § 198,2; Oertmann, Arch. f. B. R. Bd. 17 S. 342; Regelsberger aaO S. 426; Enneccerus-Wolff S. 184; v. Thur 2,2 S. 373.

[3] Prot. 1 S. 409, 412; Last, Iher Jahrb. 63 S. 121

[4] Last aaO S. 112 ff.

[5] Vgl. Bruns aaO § 9; Hellmann S. 114; Rosenberg S. 44

[6] Rosenberg aaO S. 47

[7] Vgl. Planck 3 S. 180 ff; Windscheid-Kipp 1 S. 700

Besitzmittler und dem Herrn ein Rechtsverhältnis besteht, das der Besitzvermittlung dient. Als Beispiel nennt der § 868 einige Rechtsverhältnisse, die den mittelbaren Besitz begründen sollen: Nießbrauch, Pfandrecht, Pacht, Miete, Verwahrung und gibt durch eine Generalklausel die Möglichkeit, noch weitere Rechtsverhältnisse darunter zu bringen.

Welche „ähnliche Rechtsverhältnisse" können für die Besitzvermittlung nach § 868 herangezogen worden? Durch den Relativsatz „vermöge deren der Besitzmittler gegenübe dem mittelbaren Besitzer auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet ist", der sich auf die Generalklausel bezieht, werden diese näher begrenzt. Außerdem durch das Wort „ähnlich" sein sollen. In welchen Momenten aber diese „Aehnlichkeit" besteht, ist der Gegenstand verschiedener Auffassungen in der Literatur geworden.

Eine verbreitete Ansicht sieht das entscheidende Moment darin, daß der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableiten müsse[1]. Die Ansicht stützt sich auf die §§ 941, 986, 991, wo gesagt ist, daß der Mittler sein Recht zum Besitz von mittelbaren Besitzern herleite. Dem ist zu erwidern, daß jeder, der Traditionsbesitz erlangt, seinen Besitz von einem anderen ableitet, ohne daß er dadurch Besitzmittler wird[2]. Außerdem gibt es Fälle „mittelbaren Besitzes im Gesetz, wo von einem abgeleiteten „Recht zum Besitze nichts gesagt ist, so z. B. die §§ 1381, 1666. Ebenso besitzt der Ehemann nach § 1373 nicht, weil er sein Recht zum Besitz von der Ehefrau ableitet, sondern auf Grund des Gesetzes kraft höchstpersönlichen Rechtes[3]. Was aber unter Ableiten des Rechtes zum Besitz zu verstehen ist, ist nirgends gesagt worden. Auch versagt diese Theorie in dem Falle, wo der Besitzmittler von einer dritten Person erwirbt. Von einer „Ableitung des Besitzes" von dem Oberbesitzer kann da nicht gesprochen werden.

Eine etwas abweichende Ansicht stellt Endemann[4] auf, indem er behauptet, daß der mittelbare Besitz immer nur durch eine Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz entstehen könne, nie aber originär aus einer Handlung des den Besitz Ergreifenden. Hier gilt auch das gegen die erste Theorie Gesagte; außerdem gibt es einige Fälle im Gesetz, z. B. die §§ 561 Abs. 1 und 1212 BGB, wo der Besitzmittler auch kraft eigenen Rechts zum Besitze gegenüber dem mittelbaren Besitzer berechtigt ist.

Leonhard[5] sieht das entscheidende Merkmal darin, daß der Besitzmittler „aus dem Vermögen" des mittelbaren Besitzers erworben habe. „Immer erwirbt der Mittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens und immer bringt daher der mittelbare Besitz ein Vermögensopfer." Dagegen ist zu erwidern, daß es nicht immer erforderlich ist, daß im Erwerb des Vermittlungsbesitzes eine Vermögensverringerung liegt, z. B. wenn der Besitzmittler unentgeltlich für den mittelbaren Besitzer erwirbt. Außerdem ist nicht mit jedem Vermögens-

---

[1] Vgl. Planck 3 § 868,2 b; Biermann § 868,2 c; v. Staudinger 3 § 868,1 2a; Crome 3 § 345,1 b

[2] Vgl. Rosenberg aaO S. 128; Strohal S. 26,2

[3] Vgl. Gotthilf, Diss. S. 44

[4] aaO 3 § 32,2 a S. 126 ff

[5] Fr. Leonhard aaO S. 61

opfer der Erwerb des mittelbaren Besitzes verbunden, z. B. wenn jemand den Besitz einer Sache aus dem Vermögen eines andern erworben hat, so bleibt dieser andere durchaus nicht etwa mittelbarer Besitzer, sondern verliert seinen Besitz[1].

Eine weitere Theorie, welche die meisten Anhänger aufweist, hat Strohal aufgestellt[2]. Das entscheidende Kriterium sieht er darin. daß der Besitz dem unmittelbaren Besitzer „anvertraut" sein müsse Diese Theorie versagt, wenn der Besitzmittler nicht vom Oberbesitzer. sondern von einem Dritten für diesen den Besitz an Sachen erwirbt.

Im Anschluß an Strohal sieht eine andere Theorie das Kriterium, in der Anerkennung des Oberbesitzers durch den Unterbesitzer. Diese Meinung stützt sich auf den 2. Entwurf[3]. Nach ihr sei kein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis für § 868 erforderlich, sondern es genüge, wenn der Mittler anerkenne, für den Oberbesitzer zu besitzen. Daraus wird von manchen der Schluß gezogen, es sei für § 868 kein wirklich bestehendes, sondern lediglich ein Putativverhältnis notwendig, welches bei dem Besitzmittler die erforderliche Anerkennung auslöse[4]. Diese Theorie, welche alles auf das subjektive Verhalten des Mittlers abstellt, „verflüchtigt alle Erfordernisse des § 868"[5] Gegenüber dieser Theorie stehen als Gegenmeinung die §§ 870, 871 930, 934 BGB, die einen wirksamen Anspruch zur Herausgabe und Abtretung erfordern. Durch das Willensmoment der Anerkennung wird in das Gesetz etwas hineingelegt, was gar nicht in ihm steckt. Mit der Anerkennung des Willens und der Aufstellung eines bestimmten Tatbestandes für den mittelbaren Besitz wären alle Erfordernisse des § 868, die einzeln aufgestellt werden, äußerst umständlich.

Gegen die Theorie, die das Kriterium auf den Willen abstellt, spricht am besten der § 870. Durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs geht hier der mittelbare Besitz ohne weiteres auf den Dritten über, ohne daß ein gegenteiliger Wille des Besitzmittlers berücksichtigt wird. Ueberdies müßte in jedem Streitfall ein bestimmter innerer Wille des Mittlers ermittelt werden, was praktisch oft große Schwierigkeiten machen würde[6].

Gegenüber diesen Lehren ist im folgenden zu entwickeln, welche Momente für die Auslegung des Begriffs „ähnliche Verhältnisse" maßgebend sind. Einige Autoren der Anerkennungstheorie haben ihre Lehre in dem Erfordernis der Anerkennung dadurch abgeändert, daß der Mittler den Oberbesitz anerkennen müsse[7]. Dadurch entscheiden diese nicht mehr nach dem reinen Willen des Mittlers, sondern sie stellen diesen darauf ab, wie er auf Grund der Beziehung des Mittlers zum Oberbesitzer sein müßte, d. h. nach den vom § 868 erforderten Verhältnisse[8]. Nicht ein irgendwie gearteter Wille zwischen den beteiligten Personen ist Voraussetzung des mittelbaren Besitzes.

---

[1] Isay aaO S. 160
[2] Strohal, Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 20 ff.
[3] Prot. 4 S. 594, 596, 608
[4] Biermann aaO § 868,2 d; Planck § 868,2 b; Fr. Leonhard aaO S. 71 Crome aaO § 345,1 a; Langen aaO S. 67; Przibilla, Diss. S. 23, 26
[5] So Rosenberg aaO S. 129
[6] Ders. Meinung Aravantinos, Jher. Jahrb. Bd. 48 S. 115; Bruns aaO S. 157; Windscheid Kipp. Bd. 1 S. 796; Fischer-Henle § 868 Anm. 4; Isay aaO S. 276
[7] So Endemann § 38,2 a; Strohal aaO S. 20
[8] Vgl. Rosenberg aaO S. 129

Der Hauptgesichtspunkt liegt in der zwischen Ober- und Unterbesitzer bestehenden Rechtsbeziehung, welche die Berechtigung bezüglich Verpflichtung des Mittlers zum Besitz gegenüber dem mittelbaren Besitzer auf eine Zeit, wie auch auf den Inhalt begrenzt[1]. Hierin liegt der Grund, weshalb der mittelbare Besitzer die tatsächliche Herrschaftsbeziehung zur Sache hat. „Wie der Eigenbesitzer die Sache ‚als ihm gehörend' besitzt (§ 872), so besitzt der Mittler die Sache als einem andern (dem mittelbaren Besitzer) gehörend. Der Gegensatz zwischen § 868 und § 872 ist in die Augen fallend und erweist sich als fruchtbar für die Auslegung des § 868[2]".

Ein weiteres Kriterium für die Aehnlichkeit ist der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler, der sich auch aus dem zeitlich begrenzten und inhaltlich beschränkten Besitzrecht ergibt. Darüber besteht im allgemeinen Uebereinstimmung[3]. Außerdem muß ein rechtsgültiger Herausgabeanspruch vorhanden sein. Gegenüber dieser Ansicht halten es diejenigen Autoren, die ein sogen. Putativverhältnis für die Begründung des mittelbaren Besitzes für genügend anerkennen, für nicht unbedingt notwendig, daß der erforderliche Herausgabeanspruch rechtsgültig sei, wenn er nur von dem Besitzmittler als bestehend anerkannt werde. Dieser Ansicht ist schon oben mit abgelehnt worden, da sie dem § 870 widerspricht. Bei dem Vorliegen der eben aufgestellten Bedingungen für die „Aehnlichkeit" wird deshalb eine Besitzvermittlungseigenschaft bei einem solchen Verhältnis anzuerkennen sein. Aber auch die allgemeine Verkehrsanschauung wird bei der Wertung dieser Verhältnisse in Betracht gezogen werden müssen. Dabei ist es nicht erforderlich, daß gerade das von den Beteiligten gewollte Rechtsverhältnis zustandegekommen ist. Wenn z. B. eine Miete über eine Sache abgeschlossen ist, die aus irgend einem Grunde nichtig ist, so kann doch hinsichtlich der Sache ein „ähnliches Verhältnis" zwischen den Beteiligten bestehen. Zwar wird auch jetzt der Herausgabeanspruch nichtig sein, aber es wird meistens ein anderer Herausgabeanspruch, z. B. aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen, der rechtsgültig ist und sich auf das Vermittlungsverhältnis des § 868 stützt[4]. Der Herausgabeanspruch kann auch an eine Frist oder eine Bedingung geknüpft sein[5]. Zusammenfassend ergeben sich für unsere Lehre zwei Momente für die Aehnlichkeit der in § 868 genannten Verhältnisse:

1. Ein auf Zeit und Inhalt beschränkte Berechtigung des Mittlers zum Besitz einer fremden Sache gegenüber dem Oberbesitzer.
2. Ein auf ein Vermittlungsverhältnis beruhender, vollwirksamer Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler.

---

[1] Vgl. so Enneccerus-Wolff § 8,1 1c; Bruns aaO S. 157; Windscheid-Kipp 1 S. 796; Kniep aaO S. 135

[2] Rosenberg aaO S. 122

[3] Vgl. Strohal, Iher. Jahrb. S. 18; Windscheid-Kipp 1 S. 795; Enneccerus-Wolff § 8,1 2; Biermann § 868,2a; Rosenberg S. 123

[4] Vgl. Last. Iher-Jahrb. Bd. 63 S. 134; Windscheid-Kipp 1 S. 796; Rosenberg S. 125; a. A. Bruns S. 158

[5] Vgl. Recht 1910 Nr. 4091

§ 11.

Es fragt sich noch, in welcher Weise sich der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch eine Mittelsperson vollzieht. Meistens wird als vermittelndes Rechtsverhältnis ein Auftrag vorliegen. Auf diesen haben die eben entwickelten Erfordernisse des § 868 als „ähnliches Verhältnis“ Geltung[1].

Bei dem Erwerb des mittelbaren Besitzes fragt es sich insbesonders, ob die bloße Tatsache, daß der Beauftragte die in dem Auftrage bestimmte Sache erwirbt, zur Begründung des mittelbaren Besitzes auf seiten des Auftraggebers ausreicht. Ein direkter Erwerb für den Auftraggeber vollzieht sich, wenn der Beauftragte die Sache in dem Auftragsverhältnis besitzt. Das ist aber nur der Fall, wenn er den Besitz der Sache nach den Worten des § 868 als Beauftragter[2], nämlich „auf Grund eines dem Auftraggeber zustehenden ausschließlichen Aneignungsrechtes oder auf Grund einer nur für diesen bestehenden oder gleichzeitig für ihn kraft Stellvertretung zu begründenden obligatorischen Erwerbsberechtigung erhält“. (Z. B. dem Spediteur wird das für den Auftraggeber ankommende Frachtgut ausgehändigt[3].) Die von Lenel geforderte sog. Kausalbeziehung, d. h. ein Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Veräußerer, ist nicht der Erwerbsgrund des mittelbaren Besitzes für den Auftraggeber, auch nicht der Fall, daß der Beauftragte „im Namen“ des Auftraggebers gehandelt hätte. Die Vertretungsbestimmungen sind hier unanwendbar, da nicht die Vollmacht, sondern der Auftrag das besitzvermittelnde Rechtsverhältnis ist[4]. Im Wesen der Obligation liegt es ja gerade, daß sie nur die Beziehungen der Parteien im Innenverhältnis herstellt, ohne daß Dritte nach außen hin berührt werden. Allein das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und und Beauftragten ist der Grund für den unmittelbaren Erwerb des unmittelbaren Besitzes[5]. Gegen die Anwendbarkeit des Kausalitätstheorie[6] spricht ein von Rosenberg[7] angeführtes Beispiel: „Der mit der Einziehung einer Forderung Betraute vermittelt dem Auftraggeber mittelbar Besitz an dem geleisteten Gegenstande, auch wenn die Forderung nicht besteht.“ Dies geben unter Einschränkung ihrer Theorie die Anhänger der Kausalitätstheorie zu[8].

Wenn aber die eben genannte Rechtsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und der zu erwerbenden Sache fehlt, so bedarf es seitens des Beauftragten noch eines besonderen Aktes, eines Hineinstellen, durch welchen dem Oberbesitzer der Besitz der erworbenen Sache vermittelt wird. Fälle des Fehlens der Beziehungen zwischen dem Auftraggeber und der Sache liegen dann vor, wenn kein ausschließliches

[1] Unbestrittene Ansicht vgl. Endemann aaO § 31,2b; Last aaO S. 90; Fr. Leonhard aaO S. 60; Windscheid-Kipp 1 S. 796; Planck zu § 868,2 b; Biermann zu § 868,2c; Fischer-Henle zu § 868,4: Enneccerus-Wolff § 8,1 1c

[2] Vgl. auch Goetz aaO S. 45

[3] Rosenberg S. 132; ebenso Lenel aaO S. 51, 57 ff; v. Thur, Iher.Jahrb. Bd. 48 S. 41; Fr. Leonhard S. 31 ff; Regelsberger aaO S. 412, 415

[4] Vgl. Lenel aaO S. 61; Enneccerus-Wolff § 8,1 1b; Bruns S. 167; Hellmann, Krit. Viert. S. 116

[5] So Rümelin, Arch. Bd. 93 S. 232 ff; Isay aaO S. 357; Rosenberg aaO S. 357; Rosenberg aaO S. 133; Fr. Leonhard S. 29; Bruns S. 86

[6] [7] Rosenberg S. 113

[8] Fr. Leonhard S. 35; Regelsberger S. 403: Lenel S. 58

Aneignungsrecht des Auftraggebers vorhanden ist oder wenn der Vertrag, zu dessen Erfüllung dem Beauftragten eine Sache übergeben wird, von diesem im eigenen Namen abgeschlossen ist. In diesen Fällen hat der Beauftragte nicht auf Grund des Auftrages den Besitz erworben, sondern Rechtsgrund ist, daß der „Beauftragte" als Gläubiger des obligatorischen Vertrages vom Dritten Erfüllung erlangen konnte, der Auftrag nur ein „Motiv zu dem Erwerbe bildete"[1]. Deshalb muß der Beauftragte durch einen einseitigen, rechtsgeschäftlichen Akt die Sache in das Auftragsverhältnis hineinstellen. Nach Last[2] ist das Hineinstellen ein „in sich" Vertrag des Beauftragten als Vertreter des Auftraggebers nach § 181 BGB. Dies ist aber abzulehnen, da ja bereits der Auftrag als besitzvermittelndes Verhältnis vorhanden ist. Eine einseitige Handlung des Beauftragten setzt daher den Auftraggeber mit der Sache in Beziehung.

Als Ergebnis der Ausführungen ergibt sich, daß auf Grund des Innenverhältnisses (z. B. Auftrag) zwischen Herrn und Mittler und des unmittelbaren Fremdbesitzes des letzteren der mittelbare Besitz für den Herrn erworben wird.

§ 12.

Nach Feststellung der Möglichkeit der Erlangung des mittelbaren Besitzes seitens des Vertretenen auch bei stiller Stellvertretung ist die erste der im § 929 geforderten Voraussetzungen für den Eigentumsübergang durch Uebertragung erfüllt. Als zweites Element setzt das Gesetz im § 929 Satz 1 die Einigung voraus. Der § 929 Satz 1 verlangt, daß der Eigentümer und der Erwerber darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Es fragt sich, ob eine für die Stellvertretung nach BGB erforderliche Willenserklärung in der Einigung zu finden ist.

Nach herrschender Lehre ist die Einigung als ein sachenrechtlicher Vertrag anzusehen[3]. Die sich zur Einigung zusammenschließenden Willensäußerungen der Parteien beim Eigentumserwerb sind als Willenserklärungen im technischen Sinne aufzufassen[4]. Bei der Willenserklärung ist nur erforderlich, daß der Wille sich auf eine Rechtsveränderung richtet. Diese Erfordernisse werden bei der Einigungsübertragung erfüllt, da das Eigentum ein Recht ist und durch die Uebertragung des Eigentums eine Rechtsänderung erfolgt. Da die Einigung des § 929 Satz 1 sich somit aus Willenserklärungen zusammensetzt, sind für diesen Teil der Uebereignung die Stellvertretungsbestimmungen der §§ 164 ff anwendbar.

Eine Vertreterschaft kann nach BGB nur angenommen werden, wenn sie offenkundig ist. Wenn der Stellvertreter beim Eigentumserwerb als ein sog. stiller Stellvertreter auftritt, fragt es sich, ob hier der § 164 Abs. 2 zur Anwendung kommt.

§ 164 Abs. 2 lautet: „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht." Dies bedeutet,

[1] Rosenberg aaO S. 133
[2] Last, Jher. Jahrb. Bd. 63 S. 100
[3] Enneccerus Wolff § 66,1; Biermann aaO zu § 873 und § 929
[4] Vgl. Staudinger 3, Einlage 7, B b

daß der Vertreter, der eigentlich seine Willenserklärung auf Grund des § 119 wegen seines Willensmangels anfechten könnte, dies hier nicht können soll. Das Geschäft soll hier so betrachtet werden, als wenn es erkennbar im eigenen Namen abgeschlossen wäre[1]. Dies auf den Eigentumserwerb angewandt, würde bedeuten, daß der Vertreter, der durch die Uebergabe Besitz an der Sache erlangt, selbst Eigentümer wird.

Ueber die Anwendung des § 164 Abs. 2 beim Eigentumserwerb sind die Meinungen sehr geteilt.

Eck[2] will in § 164 Abs. 2 dahin interpretieren, „daß der Handelnde nur dem Gegner gegenüber sich auf den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht berufen könne." Sobald also die Interessen des Geschäftsgegners nicht entgegenstehen, könnten sehr wohl Wirkungen für und gegen den Vertretenen sich ergeben. Hier findet sich das fast in allen Kommentaren genannte Schulbeispiel von der Hausdame, die mit dem Gelde der Herrschaft für den Haushalt silberne Löffel gegen bar kauft.

Der Meinung Ecks steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen Die Worte „dem Vertragsgegner gegenüber" stehen nicht da und bedeuten eine willkürliche Unterstellung.

In den älteren Auflagen hat Cosack[3] im Anschluß an Eck seine Lehre dahin aufgestellt, daß mittelbarer Vertreter und Vertretene gesamtberechtigt und verpflichtet seien. Diese Ansicht entspricht nicht der Billigkeit. Auch hier ist es wie bei Eck willkürlich, unbeteiligte Dritte in ein Geschäft hineinzuziehen und sie ohne ihr Wissen zu verpflichten. Deshalb ist auch diese Ansicht abzulehnen[4].

Gegenüber dieser Lehre wird der Standpunkt vertreten, daß der § 164, II auf gewisse Willenserklärungen überhaupt nicht anzuwenden sei.

Nach der Ansicht von Rümelin[5] richtet der Tradent seine Traditionserklärung an den, den es angeht. Daraus will Rümelin den Schluß ziehen, daß der Besitz- und Eigentumserwerb des Vertretenen schon auf Grund des Traditionsgeschäfts erfolge. Welche Wirkung aber im einzelnen Fall das Traditionsgeschäft hat, bestimmt sich „rein objektiv nach der Praktibilität der Resultate." Es ist aber bedenklich, den Eigentumserwerb nur deswegen eintreten zu lassen, weil das Ergebnis praktisch ist. Demgegenüber betont Enneccerus[6]: Dadurch wurde nicht bloß der Grundsatz, daß sich die Rechtswirkungen in erster Linie nach den Erklärungen der Geschäftssubjekte richten, verletzt, sondern auch nur ein bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Interessen äußerst unsicheres Kriterium gewonnen.

Von einigen Autoren[7] wird die Ablehnung des § 162 Abs. 2 beim Eigentumserwerb anders begründet. Jung hat seine Theorie

---

[1] Vgl. auch Manigk aaO S. 465; Rümelin, Arch. f. d. R. Bd. 93 S. 210

[2] Eck, Vortr. über den Entw. S. 65, 66; vgl. auch Vortr. ü. d. BGB S. 178

[3] 1 § 66

[4] Planck 1 § 164 Ziffer 2; Enneccerus 1 S. 425; Fr. Leonhard aaO S. 14; Rümelin, Arch. Bd. 93 S. 212; RGZ 58, S. 276

[5] Archiv Bd. 93 S. 218; ebenso Rosenstock, Diss. S. 32

[6] 1 S. 453 Anm. 6; ebenso Planck 1 § 164; Fr. Leonhard aaO S. 31; Hellmann aaO S. 364 ff.; Regelsberger, Jher. Jahrb. Bd. 44, S. 393 ff.

[7] So Cosack, Lehrb. d. Hand. R. S. 194; Staub, Anm. 31 zu § 383 HGB; Düringer-Hachenburg 3 S. 570 Anm. zu § 384 HGB

bei dem Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf klar dargelegt. Er führt aus: Man nehme im allgemeinen an, daß der Kommissionär sowohl den obligatorischen Kaufvertrag im eigenen Namen schließe, als auch das Eigentum an der gekauften Sache sich selbst übertragen lasse, um es alsdann durch eine zweite Uebereignung dem Kommissenten auszuliefern[1]. Demgegenüber sei zu behaupten, daß das Handeln im eigenen Namen sich auf den obligatorischen Kaufvertrag beschränke, von dem auch nur im § 383 HGB die Rede sei. Bei dem dinglichen Vertrag stellt es sich so dar, daß der Kommitent das Eigentum an der individualisierten Sache direkt erwirbt. Dem Dritten sei es ganz gleichgültig, wer das Eigentum erlange, da ja obligatorisch der Kommissionär ihm jedenfalls verpflichtet sei. Er übertrage also durch Uebergabe der Sache an den Kommissionär das Eigentum nicht gerade auf den Kommissionär, sondern an den, den dieser zum Eigentum machen wolle, an den, „den es angeht". Es sei zwar weder erklärt, noch ergebe sich aus den Umständen, für wen, ja nicht einmal ob überhaupt der Kommissionär bei der Uebereignung als Vertreter auftrete. Aus den Umständen ergebe sich aber, nämlich aus der Natur des dinglichen Vertrages, daß der Dritte es dem Kommissionär freistelle, als Vertreter aufzutreten und dann sei der in § 164 geforderten Offenkundigkeit genügt. Man müsse eben nicht am Wortlaut dieser Vorschrift haften, sondern ihren eigentlichen Sinn beachten, und der sei, daß der Dritte jedesmal ein wesentliches Interesse daran habe, zu wissen, mit wem er es zu tun habe. Dieser Grund, der die Vorschrift veranlaßt habe, fällt aber bei der Uebereignung fort, da es bei ihrer Natur dem Dritten gleichgültig sei, mit wem er eigentlich kontrahiere.

Gegen diese Theorie ist einzuwenden, daß sie weniger materiellrechtlich falsch, als methodisch unbefriedigend ist. Alle Fälle lassen sich nach dieser Theorie des „Geschäfts, wen es angeht" nicht lösen und diese müßten dann anders konstruiert werden. Z. B. zwei Kunden A und B geben einem Bankier den Auftrag, je 10 Industrieobligationen für sie anzuschaffen. Der Bankier kauft dann die 20 Papiere an der Börse. Dann kann nicht eher das Eigentum auf die Kunden A und B übergegangen sein, als bis der Bankier ausgesondert hat. Das muß auch Jung zugeben[2]. Vorher ist also der Kommissionär Eigentümer geworden. In diesen Fällen, in denen der Wille des Vertreters sich erst, nachdem der Vertrag mit dem Dritten erledigt ist, auf die Person des Vertretenen konzentriert, ist die Theorie des unmittelbaren Erwerbs des Vertretenen abzulehnen, da immer erst der Vertreter das Eigentum erlangt und es dann durch einen besonderen Akt auf den Geschäftsherrn überträgt.

Außerdem ist noch gegen die Theorie des „Geschäfts, wen es angeht" einzuwenden, daß der Tradent seine Traditionserklärung nicht ad incertam personam richten will. Zumeist wird sich die Traditionserklärung des Veräußerers an den Gläubiger des Kausalgeschäfts zwecks Erfüllung seiner Verbindlichkeit richten. Die Traditionserklärung geht also nicht ad incertam personam, sondern oft ad certam personam des Gläubigers.

---

[1] So Cosack, Lehrb. d. Hand. R. S. 194; Staub, Anm. 31 zu § 383 HGB; Düringer-Hachenburg 3 S. 570 Anm. zu § 384 HGB

[2] Jung ebenda S. 214

Aus dem Dargestellten ergibt sich, daß der § 164 Abs. 2 auch für die Traditionserklärung beim Eigentumserwerb Anwendung finden muß, weil der Veräußerer an der Person des Erwerbers oft Interesse haben wird und dieser des Schutzes des § 164 Abs. 2 bedarf.

Nur dann wird der Auftraggeber unmittelbarer Eigentümer, wenn es „aus den Umständen" erkennbar hervorgeht, daß der Beauftragte im Namen des Auftragsgebers erwerben will. Anderenfalls ist es so, als wenn er in eigenem Namen gehandelt hätte; der Beauftragte wird zunächst Eigentümer.

Eine andere Lösung versucht noch v. Thur[1]. Den Eigentumserwerb für einen andern könnte man als eine Verfügung über einen fremden Gegenstand auffassen, die nach § 185 BGB gültig wäre, wenn sie mit Einwilligung des Dritten erfolgt. Wenn die Eigentumserwerbserklärung für einen andern bisher im allgemeinen unter dem Gesichtspunkt der Stellvertretung gebracht worden sei, so verlangen die Folgerungen aus § 185 BGB, daß auch ein Erwerb für einen andern auf Grund eigener Kausalbeziehungen lediglich mit dessen Zustimmung gestattet würde.

Diese Auslegung des § 185 BGB ist aber unzutreffend. Der Analogieschluß ist — das gibt v. Thur selbst zu — sehr zweifelhaft. Es gibt doch Fälle, in denen der Veräußerer ein Interesse hat, an den Mittler in eigener Person zu übertragen. In diesen Fällen darf der Erklärte oder der zum Inhalt des Vertrags erhobene Wille des Tradenten nicht durch einen inneren Willen der Mittelsperson oder durch eine Vereinbarung derselben mit dem Geschäftsherrn vereitelt werden.

Zusammenfassend ergibt sich, daß der § 164 Abs. 2 BGB auf die Traditionserklärung Anwendung findet. Da aber das Verkehrsinteresse einen möglichst unmittelbaren auf den Erwerb des Beauftragten folgenden Erwerb des Auftraggebers verlangt, sind von der Praxis zwei Rechtsinstitute geschaffen worden, nämlich: das anticipierte constitutum possessorium und das durch Insichgeschäft vollzogene Besitzkonstitut.

§ 13.

Das Wesen des antizipierten Besitzkonstituts zeigt sich an folgendem Beispiel: A beauftragt den B, für ihn eine Sache zu erwerben, die der C in Eigentum und Besitz hat. A schließt nun mit B einen dinglichen Uebereignungsvertrag gemäß §§ 929, 930 BGB, mit der Maßgabe, daß durch diesen Konstitutsvertrag bei dem zukünftigen Besitzerwerb des B sofort das Eigentum auf A übergeht.

Ueber die Zulässigkeit dieses antizipiert geschlossenen Besitzkonstituts herrscht in der Literatur großer Streit. Einige Autoren leugnen überhaupt die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts und zwar: Fr. Leonhard, Lenel[2], Regelsberger[3], Kohler[4],

---

[1] aaO 2,2 S. 352
[2] Lenel, Iher Jahrb. 36 S. 68 ff.
[3] Regelsberger, Iher Jahrb. Bd. 44 S. 406
[4] Kohler, Arch. f. b. Recht, Bd. 18, S. 29

Wolff[1]. Andere, welche die Zulässigkeit bejahen, weichen zum großen Teil in ihrer Begründung ab und streiten sich über den Zeitpunkt seines Wirksamwerdens.

Fr. Leonhard[2] stützt seine, das antizipierende Besitzkonstitut verneinende, Ansicht auf den Wortlaut des § 930 BGB. Außerdem weist er darauf hin, daß jede Verletzung der Vertragspflicht von seiten des Mittlers, falls das constitutum dinglich wirken würde, sich als Unterschlagung nach § 246 StGB darstellen würde. In dem abgeschlossenen Konstitutsvertrag sieht er nur eine obligatorische Bindung.

Lenel[3] begründet seine Ablehnung des antizipierten Konstituts dahin: Ein Beauftragter, der einen derartigen Vertrag abgeschlossen habe, verpflichtet sich vom Augenblick der Tradition ab als bloßer Detentor zu verhalten, aber eine solche für die Zukunft übernommene Verpflichtung vermag die wirkliche Tradition nicht zu ersetzen, da Verpflichtungen gebrochen werden können. Außerdem sieht er im voraus wirkenden Konstitutsvertrag eine Gefahr für den Verkehr, da ein solcher Vertrag gleichzeitig mit mehreren Personen geschlossen werden kann. Sein Ergebnis geht dahin, daß Besitz und Eigentum trotz des antizipierten Besitzkonstitutes auf den Prinzipal erst durch eine neue Tradition übergehe, die der Vertreter nach erlangtem Besitz vorzunehmen hat.

Nach Regelsberger[4], Draganesco[5] übersieht die Konstitutstheorie, daß die Verpflichtung zum Eingehen eines Konstitutsvertrages dessen Abschließung nicht ersetzt. Ein vorausgehender Vertrag könne nicht angenommen werden, weil die Besitzübertragung an einer erst zu erwerbenden Sache so wenig möglich sei wie die Tradition. Außerdem ist diese durchgehende Besitz- und Eigentumsübertragung für den Mittler bedenklich, denn dadurch werde ihm ein wichtiges Deckungsmittel für einen Anspruch aus der Besorgung des Geschäftes genommen.

Kohler[6] sieht in dem antipizierten Besitzkonstitut eine Versklavung des Mittlers, welche ihn durch vollständige Unterwerfung seiner Erwerbstätigkeit zugunsten des Prinzipals und unter Ausschaltung seiner Persönlichkeit zum „Erwerbsinstrument" seines Geschäftsherrn mache. Außerdem könne jemand im Namen eines andern Besitz erwerben, sobald er selbst den Besitz habe. Vor diesem Zeitpunkt könne er sich nur obligatorisch verpflichten.

Wolffs[7] ablehnende Ansicht des antizipierten Besitzkonstituts stützt sich auf seine abweichende Ansicht über den Begriff der „Einigung". Zur Zeit der Uebergabe müssen die Kontrahenten noch „einig sein". Deshalb ist eine Trennung von Einigung und Uebergabe bei ihm ausgeschlossen. Daraus ergibt sich auch die Ablehnung des antizipierten Besitzkonstitutes, weil nach Wolff zur Uebereignung durch constituum possessorium erforderlich, daß der Veräußerer im Besitz der Sache ist.

Diesen Ansichten steht die Praxis und die überwiegende Mehrheit

---

[1] Enneccerus-Wolff, Bd. 3 S. 194
[2] aaO S. 46 ff.
[3] Lenel aaO
[4] aaO S. 406
[5] aaO S. 94
[6] aaO S. 99
[7] aaO S. 194

der Meinungen in der Literatur entgegen, die ein antizipiertes Besitzkonstitut beim Eigentumsübergang für § 930 zulässig erachten.

Enneccerus[1] äußert sich im Zusammenhang mit dem Begriff der „Realgeschäfte“ dahin. Insbesondere erfordern zahlreiche Geschäfte zu ihrem Bestande neben der Willenserklärung noch die Herbeiführung einer Rechtswirkung (Vorwirkung), die dann im Zusammenhang mit der Willenserklärung die gewollte Wirkung (Endwirkung) hervorruft (Realgeschäfte). Z. B. die Uebereignung einer beweglichen Sache erfordert neben den auf die Ueberlegung gerichteten Willenserklärungen der Parteien den Besitzerwerb von seiten des Erwerbers. Die reale Erfordernis braucht bei den Realgeschäften mit den Willenserklärungen nicht gleichzeitig einzutreten, sondern kann ihnen vorausgehen oder nachfolgen, jedoch ist das Rechtsgeschäft stets erst vollendet, wenn sowohl die Willenserklärungen als auch das reale Moment vorliegen“[2]. Für die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts führt er noch folgendes aus: Das antizipierte constitutum setzt sich zusammen aus den zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ausgetauschten Erklärungen, daß die demnächst stattfindende Besitzergreifung für den Vertretenen erfolge und auf ihn Besitz übertrage, und aus der Besitzergreifung selber. Die Wirkung der Eigentumsübertragung aber trete in demselben Augenblick ein, in dem der Vertreter den Besitz erwirbt, vorausgesetzt, daß der Vertreter und der Vertretene darüber einverstanden seien, „daß der mittelbare Besitz und das Eigentum für den Vetrretenen erworben werden sollen“[3]. Diese unmittelbare Wirkung erfolgt aber durch ein constitutum possessorium, d. h. durch eine mit der Tradition gleichzeitig vollendete weitere Uebertragung des Vertreters an den Vertretenen[4].

Aehnlich wie die Ansicht von Enneccerus fordern andere Lehren, die das antizipierte Besitzkonstitut bejahen, noch weitere Erfordernisse, die zur Zeit der Besitzerlangung gegeben sein müssen oder sie knüpfen an den Eintritt der Rechtsübertragung noch andere Voraussetzungen, die den Zeitpunkt mehr oder weniger hinausschieben.

Nach Planck[5] ist das antizipierte Besitzkonstitut eine Eigentumsübertragung unter der aufschiebenden Bedingung der zukünftigen Besitzerlangung. Dieser Ansicht folgt auch Biermann[6]. Der Eigentumsübertragung soll, wie bei Enneccerus, schon zur Zeit der Besitzergreifung des Vertreters erfolgen, aber nur unter der Voraussetzung, daß die Parteien noch über den Eigentumsübergang einig sind[7]. Während nach der Lehre von Enneccerus zum Beweis des Eigentumserwerbs nur die äußere Tatsache, die Besitzerlangung des Vertreters, nachgewiesen zu werden braucht, müßten nach der Lehre von Planck und Biermann innere Momente bewiesen werden, das Bestehen der Einigung noch zur Zeit des Besitzerwerbes. Dieser Nachweis wird sich praktisch oft schwierig gestalten.

---

[1] 1 S. 452, 453
[2] Enneccerus § 136,bi S. 357
[3] Enneccerus aaO S. 453, 453
[4] So auch das RG in Gruch. Beitr. 47 S. 987 ff; RGZ Bd. 30 S. 142 ff; Bd. 100 S. 192 ff, Bd. 109 S. 169 ff
[5] Planck zu § 930 BGB
[6] Biermann zu § 930
[7] Planck zn § 164,5 b

Nach der Ansicht von v. Thurs[1], der ebenfalls die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts bejaht, dürfe der § 930 BGB nicht zu wörtlich ausgelegt werden. Uebrigens spräche der Wortlaut auch gar nicht gegen die Zulässigkeit. In den meisten Fällen sei eben der Verfügende schon Eigentümer und an diesen nächstliegenden Fall habe der Gesetzgeber gedacht, ohne jedoch andere Möglichkeiten ausschließen zu wollen. Die einzige Einschränkung, die aus dem Wortlaut des § 930 seiner Ansicht nach hervorgehe, sei die, daß der Eigentumsübergang nicht früher vollendet sei, als bis der Veräußerer den Besitz erlangt habe. Dazu verlangt er aber noch ein besonderes vereinbartes Besitzkonstitut. Nicht in jedem Auftrag sei aber ein stillschweigend abgeschlossener Konstitutsvertrag zu erblicken. Außerdem verlangt v. Thur noch, daß die betreffenden Sachen individuell bestimmt seien, bezüglich bei Gattungssachen aus der betreffenden Gattung ausgeschieden sein müssen.

Aehnlich wie v. Thur begründet Goettelmann[2] seine Lehre von der Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts. Diese Lehre fordert noch als ein natürliches Erfordernis, daß beide Parteien wissen daß zur Zeit des Vertragsabschlusses der Veräußerer noch nicht im Besitz der Sache ist, „denn nur dann werden sie den Willen haben, daß die Wirkungen des Konstituts erst in einem späteren Augenblicke eintreten"

Gegenber diesen Ansichten in der Wissenschaft hat die Praxis sich bei der Bejahung der Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts dahin entschieden, daß nicht die Besitzerlangung, sondern ein anderer späterer Zeitpunkt für die Eigentumsübertragung maßgebend ist. In ihren Anforderungen für die Vollendung des Eigentumsüberganges weichen aber die einzelnen Entscheidungen voneinander ab.

In der Begründung gehen die ersten Entscheidungen[3] dahin, daß ein antizipiert geschlossenes Besitzkonstitut nur dann möglich ist, wenn die Parteien, wenn auch nur stillschweigend, vereinbart haben, daß das nach § 930 BGB erforderliche Besitzmittlungsverhältnis erst mit der Besitzerlangung des Veräußerers in Kraft treten soll, d. h. also nur dann, wenn die Parteien sich bei der Abmachung bewußt sind, daß der Veräußerer noch nicht im Besitz der Sache ist. Der Eigentumsübergang ist aber erst dann vollendet, wenn der Veräußerer erkennbar „der Vereinbarung entsprechend gehandelt hat". Nach diesen Entscheidungen des Reichsgerichts liegt es also vollkommen in der Hand des Veräußerers, das Eigentum übergehen zu lassen. Wenn dieser die Verpflichtung aus dem vereinbarten Besitzmittlungsverhältnis bricht, so kann der Erwerber nicht mit der rei vindicatio, sondern nur auf Grund des Kausalgeschäfts auf Leistung klagen.

In einer anderen Entscheidung[4] verlangt das Reichsgericht für den endgültigen Besitz- und Eigentumserwerb eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungsbehandlung, die den Uebertragungswillen erkennbar machen. Dieses scharfe Erfordernis wird dahin vom Reichsgericht erläutert[5]: es genüge, wenn der Wille des Anschaffenden

[1] v. Thur, Iher Jahrb. Bd. 48 S. 47 ff

[2] Diss. aaO S. 9 ff

[3] Vgl. RG Bd. 56 S. 52; ebenso RG in Gruchot Bd. 53 S. 1045, Bd. 47 S. 988; vgl. auch RG Bd. 11 S. 128, Bd. 30 S. 142

[4] RG Bd. 73 S. 415

[5] JW 1912 S. 797

die neu erworbenen Sachen als Eigentum des Vertragsgegners zu benutzen, für diesen erkennbar in Erscheinung trete; daß jede Eigentumsübertragung auch für Dritte erkennbar sei, könne bei dem gesetzlich als Ersatzmittel für eine körperliche Uebergabe zugelassenen Besitzkonstitut nicht gefordert werden. Wenn daher für den Erwerber deutlich ersichtlich geworden sei, daß der Veräußerer gemäß der übernommenen Vereinbarung handele, somit den Besitz für den Erwerber auf Grund des abgemachten Rechtsverhältnisses besitze, so sei in diesem Augenblick der Rechtsübergang vollzogen.

Einige andere Entscheidungen des Reichsgerichts verlangen[1], daß stets eine in die Zukunft zielende Willensrichtung der Parteien bei Abschluß des Vermittlungsvertrages, wenn auch nur stillschweigend, gefordert werden müsse.

In den neuesten Entscheidungen[2] des Reichsgerichts, in der grundsätzlich die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts bejaht ist, wird zunächst, wie auch in anderen Entscheidungen, ein besitzvermittelndes Innenverhältnis, wozu es auch den Auftrag zählt, und ferner der übereinstimmende Wille der Parteien, daß das Eigentum für den Auftraggeber erworben werde, gefordert. Um diesen Willen zu beweisen, äußert sich das Reichsgericht dahin: „Die tatsächliche Vermutung, daß der Wille des beauftragten Stellvertreters beim Erwerbe des Eigentums dem Auftrag entspricht, wird aber auch ganz allgemein schon durch die Erwägung gerechfertigt, daß sonst der Beauftragte wider Treu und Glauben verstoßen würde. Es hätte also der Beauftragte den Beweis zu erbringen, daß er entgegen dem ihm erteilten Auftrage den Willen gehabt habe, das Eigentum an den Gegenständen für sich zu erwerben.“ Für die Frage der Eigentumsübertragung wird die Beweislast umgekehrt. Es spricht immer die Vermutung dafür, daß der Veräußerer der Vereinbarung gemäß handelt. Nicht dem Veräußerer müßte bewiesen werden, daß er die Absicht, der Vereinbarung gemäß, zu handeln, gehabt und betätigt hat, sondern er selbst müßte beweisen, daß er den gegenteiligen Willen, nämlich für sich zu erwerben, äußerlich erkennbar gemacht hat. Dieser Ansicht des Reichsgerichts folgt jetzt der v. Staudingersche[3] Kommentar

§ 14.

Nach den verschiedenen Ausführungen für und gegen die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts soll im folgenden eine eigene Stellung dazu genommen werden. Der Tatbestand ist, daß der dingliche Vertrag an sich vollkommen abgeschlossen sein soll, zu seiner Wirksamkeit aber noch notwendig ist, daß die veräußernde Partei den Besitz an der veräußerten Sache erwirbt. Dann geht die Frage dahin, ob die Einigung über den Eigentumsübergang von Bedeutung ist, bevor der Erwerber den mittelbaren Besitz erworben hat. Das Problem

---

[1] JW 1907 S. 747; vgl. auch Recht 09 Nr. 2000
[2] RG Bd. 100 S. 193 ff, Bd. 99 S. 209 10; RG Bd. 109 S. 169,70
[3] Vgl. v. Staudinger 1925, 3 zu § 930,2 b

spitzt sich damit auf das zeitliche Verhältnis von Einigung und Uebergang zu. Es ist demnach die Frage zu beantworten, ob Uebergang und Einigung zusammen erfolgen müssen oder ob sie ebenfalls zeitlich auseiander liegen können. Es steht fest, daß die Uebergabe vorangegangen sein und die Einigung dann nachfolgen kann; so in dem Fall des § 929 Satz 2 der Uebergabe kurzer Hand. Es ist nur zweifelhaft, ob die Einigung auch der Uebergabe vorausgeken kann.

Dies ist von verschiedenen Autoren mit Berufung auf den Wortlaut des § 929 Satz 1 BGB geleugnet worden[1]. Es ist z. B. darauf hingewiesen worden, § 929 verlange, daß beide Parteien „einig sind"; aus dieser Gegenwartsform „einig sein" ergäbe sich im § 929 die Zeit der Uebergabe. Aus dem Wortlaut Einigsein ist aber nicht zu beweisen, daß die Einigung erst bei der Uebergabe eingetreten sein darf, denn Einigsein bedeutet nicht Einigwerden. Einigsein bedeutet höchstens, daß das Einigsein, wenn es vorher eingetreten sei, noch im Augenblick der Uebergabe anhalten müsse[2]. Dieses Andauern kann rechtlich dahin ausgelegt werden, daß in der Zwischenzeit keine Willensänderung erfolgt ist. In dem Wortlaut des Einigsein liegt jedenfalls nicht, daß die Einigung erst im Augenblick der Uebergabe zustandegekommen sein soll. Ueberhaupt darf auf den Ausdruck Einigsein nicht zu sehr gedrückt werden. Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 516 BGB, nach welchem eine Zuwendung Schenkung sei, „wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt". Es ist nie angezweifelt worden, daß die Einigung über die Schenkung mit der Zuwendung nicht zeitlich zusammenzufallen braucht. Diese kann ihr vorausgehen oder auch nachfolgen. Aus der Erörterung über den Ausdruck ergibt sich also für die Lösung dieser Frage nichts.

Es könnte nun die Meinung geäußert werden, daß der nachfolgende Besitzerwerb die Einigung erst tatsächlich abschließe, daß in ihm zugleich die Einigungsannahme enthalten sei oder mit ihr zeitlich zusammenfalle. Es lassen sich aber Fälle denken, wo die Einigung schon vorher erfolgt, während die Sache noch nicht da ist und der nachfolgende Besitzerwerb nur eine Folge dieser Einigung ist. In dem nachfolgenden Besitzerwerb liegt dann meistens der Wille, den Gegenstand zu Eigentum zu erwerben, aber die Einigung ist trotzdem schon vorher abgeschlossen. An einem Beispiel sei die zeitliche Trennung zwischen Einigung und Uebergabe deutlich gemacht: Nach der dinglichen Einigung zwischen dem Käufer A und dem Verkäufer B beauftragt A den C, für ihn den Besitz der Sache zu erwerben. Der beauftragte C weiß aber nichts davon, daß der Besitzerwerb zugleich Eigentumserwerb sein soll. In diesem Falle ist also der Eigentumserwerbswille schon vor dem Besitzerwerb da. Wenn er aber hier früher vorhanden sein kann, dann kann er auch in anderen Fällen zeitiger vorliegen.

Es ergibt sich demnach, daß die beiden Erfordernisse der Einigung und Uebergabe zeitlich getrennt werden können. Die Einigung kann in zeitlichem Abstand dem Uebergabeakt des Uebereignenden und dem

[1] Vgl. Enneccerus-Wolff S. 194; Fr. Wagner, Diss. S. 16 ff
[2] Vgl. RG. 109 S. 171

Besitzerwerb des Empfangenen vorangehen. Dies ist die herrschende Ansicht[1].

Den Erwerb des mittelbaren Besitzes hielten wir für vollendet, wenn „objektiv“ ein geeignetes Besitzmittlungsverhältnis zwischen den Beteiligten bestand (sogen. objektive Theorie). Der mittelbare Besitz ist demnach in dem Augenblick erworben, in dem der Beauftragte den unmittelbaren Besitz erlangt. Einen besonderen Willen braucht er dabei nicht zu äußern.

An sich können also Einigung und Besitzmittlungsverhältnis vorweggenommen werden, ohne daß bei der Besitzerlangung selbst noch irgend ein Element hinzuzutreten braucht. Konstruktionell ist zwar nicht einzuwenden, daß das Eigentum in dem Augenblick des Besitzerwerbs seitens des Beauftragten übergehe, aber vom praktischen Gesichtspunkte aus ist unbedingt notwendig, daß eine weitere Bedingung hinzukommt, welche die Unmittelbarkeit des Eigentumsüberganges mit ihren strengen Wirkungen für den Mittler etwas abschwächt.

Die Praxis, besonders das Reichsgericht und einige Autoren, hat solche weitere Bedingungen aufgestellt[2]. In den letzten Entscheidungen geht die Ansicht des Reichsgerichts dahin, daß der Uebertragungswille kraft einer Vermutung für gegeben erachtet wird, bis ein gegenteiliger Wille seitens des Mittlers erkennbar in Erscheinung tritt[3]. Aus der Fülle der hinzutretenden Bedingungen scheint die Meinung des Reichsgerichts in den letzten Entscheidungen die praktischste Lösung zu geben. Die Ausführungen[4] in bezug auf das antizipierte Besitzkonstitut lauten hier: „Ist zwischen ihnen“ (— dem Beauftragten und dem Auftraggeber —) „ein Verhältnis nach § 868 vereinbart und hierzu zählt auch ein Auftrag, hat ferner der Vertreter zur Zeit der dinglichen Einigung und Besitzübertragung durch den Veräußerer den mit dem Wilen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen, das Eigentum für seinen Buftraggeber zu erwerben, so wird dieser vermittels constitutum possessorium Eigentümer; die tatsächliche Vermutung, daß der Wille des beauftragten Stellvertreters beim Erwerbe des Eigentums dem Auftrag entspricht, wird aber auch schon ganz allgemein durch die Erwägung gerechtfertigt, daß sonst der Beauftragte wider Treu und Glauben verstoßen würde. Es hätte also der Beauftragte den Beweis zu erbringen, daß er entgegen dem ihm erteilten Auftrage, den Willen gehabt habe, das Eigentum für sich zu erwerben.“

Aus den Ausführungen ergibt sich demnach, daß ein antizipiertes Besitzkonstitut (§§ 930, 868 BGB) möglich ist. Bei der Besitzerlangung muß der Beauftragte den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen haben, das Eigentum für ihn zu erwerben. Dieser Wille wird aber vermutet, es sei denn, daß ein gegenteiliger Wille des Beauftragten äußerlich erkennbar geworden ist.

---

[1] Vgl. v. Thur, 2,2 § 50; Enneccerus 1 S. 357 § 136,1; Planck S. 43 zu § 854 Anm. 5

[2] Vgl. RGZ Bd. 56 S. 54; RG Bd. 99 S. 202; KW 1912 S. 799; v. Staudinger zu § 930 BGB

[3] RG 100 S. 190, Bd. 109 S. 169

[4] RG Bd. 100 S. 190

§ 15

Neben dem antizipierten Besitzkonstitut gibt es noch eine zweite Möglichkeit für den Verkehr, das Eigentum schnell auf den Erwerber übergehen zu lassen; das vermittels Selbstabschluß vollzogene Besitzkonstitut.

Bei diesem Fall wird der Beauftragte zunächst Eigentümer. Damit der Auftraggeber das Eigentum erlange, muß ein dinglicher Vertrag zwischen Vertreter und Erwerber stattfinden. Der Auftraggeber wird nun aber seinerseits gar nicht mehr tätig.

Der dingliche Vertrag kann deshalb nicht anders geschlossen werden, als daß der besitzende Eigentümer im Namen des Erwerbers mit sich selbst gemäß 181 BGB bei Einräumung des mittelbaren Besitzes „darüber einig ist“, daß das Eigentum auf den Erwerber übergeht.

Kraft positiver Bestimmung des § 181 verbietet das BGB das Kontrahieren mit sich selbst. Es läßt aber die Anwendungsmöglichkeit zu, wenn es sich lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt oder wenn der Kontrahierende dazu bevollmächtigt ist. Beide Möglichkeiten werden meist bei unserem Tatbestand zutreffen, da es wohl kaum ein reineres „Erfüllungsgeschäft“ als gerade die Tradition bei Sachen gibt[1].

Da bei diesem Vertrag nur eine Person mitwirkt, so stellt er sich als ein Wille dieser einzigen Person dar. Diese inneren Vorgänge im Prozeß nachzuweisen, ist besonders schwierig, da ein außenstehender Dritter nie zu erkennen vermag, ob der „in sich“ Vertrag abgeschlossen sei oder nicht. Deshalb wird von Literatur und Praxis zum Schutze der Verkehrssicherheit nach fast einheitlicher Ansicht noch hinzuverlangt, daß der Wille des Vertreters, mit sich selbst im Namen des Vertretenen abzuschließen, äußerlich erkennbar in die Erscheinung tritt[2].

Zu weitgehend scheint die Ansicht zu gehen, die fordert, daß Handlungen des Kontrahenten hinzutreten, die ihn selbst binden[3]. Im Gesetz steht nichts, daß der mit sich selbst Kontrahierende, damit dieser Vertrag rechtsgültig sei, sich Dritten gegenüber durch irgend welche Handlungen an seine Einhaltung binden muß. Außerdem würde dem ganzen Institut der praktische Wert genommen werden, da es schließlich dann auf eine Anzeige des Beauftragten an den Auftraggeber ankommt. Uebrigens könnte man von einem Selbstkontrahieren nicht mehr sprechen, da in der widerspruchslosen Hinnahme der Anzeige der Abschluß eines gewöhnlichen Konstitutsvertrages zu erblicken wäre[4].

Es wird jedenfalls vom Beauftragten gefordert werden müssen, daß er seinen Willen irgendwie erkennbar macht. Diese Betätigung des Willens muß so weit gehen, daß der Gläubiger die Möglichkeit

---

[1] Vgl. Enneccerus 1 S. 455; Oertmann 1 § 181 S. 556; v. Staudinger 1 § 181 S. 59

[2] v. Staudinger § 181 Anm. 8; Planck § 181,1a; Enneccerus § 168 Anm. 7; Fr. Leonhard aaO S. 98; Rosenberg zu § 868 S. 134; Biermann zu § 930; v. Thur 2,2 S. 362

[3] v. Staudinger § 181 Anm. 8; Lenel, Iher Jahrb. Bd. 36 S. 71; Fr. Leonhard aaO S. 98

[4] Vgl. Oertmann 1 S. 557; Planck § 181,1a; RGZ Bd. 52, S. 130; Bd. 63 S. 16; Bd. 73 S. 415; Bd. 99 S. 208

erlangt, auch unabhängig von dem guten Willen des Schuldners seine Rechte aus der Sache durchzusetzen. Die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts[1] in der Erkennbarkeit des Willens zielen alle darauf ab, den Nachweis für den Selbstabschluß zu erleichtern. Jedenfalls wird wegen der freien Beweiswürdigung des Richters eine zweifellose Bindung des Schuldners nicht gefordert werden können.

Durch eine Betätigung des Willens, den Erwerber zum mittelbaren Besitzer zu machen, wird erst der Erwerber vermöge der vorher getroffenen Vereinbarung mittelbarer Besitzer der Sache. Hatte der Vertreter, als er den Besitz der Sache gelangte, den Willen, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, so wird dieser gemäß den §§ 929, 930, 181 BGB Eigentümer[2].

---

[1] RG Bd. 11 S. 52; Bd. 24 S. 307; Bd. 52 S. 130; Bd. 63 S. 16 und S. 405; Bd. 99 S. 208; Warneyer Rspr. 08 S. 100; RG Seuff. Arch. 39 S. 291 Recht 07 Nr. 3813; JW 1911 S. 762; JW 1912 S. 144

[2] Vgl Cosack-Mitteis § 39 1,4a

Lebenslauf

Ich, Arthur Karl Heinrich Engel, wurde am 1. Juni 1899 in Polkwitz, Kreis Glogau, geboren. Meine gymnasiale Bildung erhielt ich auf dem evangelischen Gymnasium in Glogau, das ich bis zu meiner Einziehung ins Heer 1917 besuchte. Nach Rückkehr aus dem Felde bestand ich im Jahre 1919 am Johanneum in Liegnitz die Reifeprüfung. Im Jahre 1920 wurde ich an der Friedrich Wilhelms-Universität bei der rechtswissenschaftlichen Fakultät immatrikuliert. Ich studierte 2 Semester in Breslau, 5 Semester an der Friedrich Wilhelms-Universität in Berlin und 3 weitere Semester an der Universität Breslau. Mein Rigorosum bestand ich am 20. Mai 1926 an der hiesigen rechtswissenschaftlichen Fakultät.